

UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

FACULDADE DE DIREITO

MESTRADO EM DIREITO FORENSE

# A PREVALÊNCIA DO DIREITO DE RETENÇÃO SOBRE A HIPOTECA

---

O caso particular do promitente-comprador de  
imóvel para habitação

Elaborado por Maria Rita Rivotti

Sob orientação do Professor Dr. Armindo Ribeiro Mendes

Lisboa

30 de Junho de 2014

## Índice

<b>I. Introdução.....</b>	<b>3</b>
<b>II. Direito de Retenção.....</b>	<b>4</b>
a) Considerações gerais.....	4
b) Modalidades.....	5
c) Regime.....	10
<b>II. Hipoteca.....</b>	<b>15</b>
a) Considerações gerais.....	15
b) Regime.....	16
c) Características.....	20
<b>IV. O caso particular do promitente-comprador de imóvel para habitação – artigo 755.º, n.º 1, alínea f).....</b>	<b>21</b>
a) Evolução histórica.....	21
b) O regime do art. 755.º, n.º 1 alínea f).....	24
c) A aplicação do artigo 759.º, n.º 2 ao promitente-comprador que obteve a tradição da coisa vs. princípio <i>par conditio creditorum</i> e princípio da prioridade do registo.....	31
d) A alegada inconstitucionalidade resultante da articulação da norma do art. 755.º, n.º 1, alínea f) com o artigo 759.º, n.º 2.....	33
e) Críticas apontadas ao regime.....	41
f) Propostas para ultrapassar as críticas feitas ao regime.....	45
g) Tomada de posição.....	50
<b>V. Conclusão.....</b>	<b>59</b>
<b>VI. Bibliografia.....</b>	<b>62</b>

## I. Introdução

- i. O presente trabalho tem por objecto a matéria relativa à eventual prevalência da garantia hipotecária face ao direito de retenção que é atribuído ao beneficiário da promessa de transmissão ou constituição de direito real, que obteve a tradição da coisa, e que garante o crédito resultante do não cumprimento imputável à outra parte.<sup>1</sup>
- ii. O problema que se coloca é o seguinte: no confronto entre o credor hipotecário e promitente-comprador, a situação jurídica deste último prevalecerá sempre sobre aquele, mesmo que a hipoteca tenha sido registada em data anterior à da constituição do direito de retenção.
- iii. Este é um regime que colide com dois princípios básicos do ordenamento: o princípio da igualdade dos credores e o princípio da prioridade do registo.
- iv. Daí que seja um regime que suscita uma grande controvérsia entre doutrina e jurisprudência portuguesas. Estando mesmo em questão a sua conformidade com os princípios constitucionais da proporcionalidade, da segurança jurídica e da protecção da confiança.
- v. Com o presente trabalho pretendemos fazer uma análise do regime em questão por forma a podermos tomar posição na querela que divide a doutrina. Para tal, atender-se-á ao regime do direito de retenção e ao regime da hipoteca em geral. De seguida, far-se-á uma análise do regime decorrente da conjugação dos artigos 755.º, n.º1, alínea f) e 759.º, n.º 2, descrevendo a evolução histórica do mesmo, analisando a excepção que este constitui aos princípios da igualdade de credores e da prioridade do registo, analisando a eventual inconstitucionalidade que este possa configurar e apresentando as críticas feitas pela doutrina e respectivas soluções propostas.
- vi. Por fim, concluir-se-á que o regime decorrente da conjugação dos artigos 755.º, n.º1, alínea f) e 759.º, n.º 2 justifica-se apenas quando o promitente-comprador tenha em vista a aquisição de habitação própria e o credor hipotecário seja uma instituição de crédito, sendo necessária uma alteração do seu âmbito subjectivo de aplicação.

---

<sup>1</sup> Um outro problema, também relativo ao regime do direito de retenção, tem que ver com a atribuição deste direito ao empreiteiro. Esta é uma questão que não abordaremos no presente trabalho e que se coloca em moldes um pouco diferentes da atribuição do direito de retenção ao promitente-comprador. O caso do empreiteiro, uma vez que não está presente em nenhuma das alíneas do artigo 755.º do CC, poderá eventualmente ser subsumível à cláusula geral do art. 754.º.

## II. Direito de Retenção

### a) Considerações gerais

O direito de retenção constitui um direito real de garantia com consagração legal<sup>2</sup>. Foi apenas com o Código Civil de 1966 que o regime deste instituto veio a ser positivado. O Código de Seabra não lhe dedicava qualquer secção ou divisão especial fazendo-lhe apenas referência em disposições diversas<sup>3, 4</sup>.

A doutrina<sup>5</sup>, na generalidade, aponta duas funções ao direito de retenção: uma função de garantia e uma função compulsória. Enquanto direito real de garantia, o direito de retenção representa para o credor um *reforço qualitativo* do seu crédito na medida em que consiste na afectação primordial de uma coisa (a coisa retida) ao pagamento da dívida<sup>6</sup>. Assim, o direito de retenção permite ao retentor no limite, e havendo incumprimento da outra parte, obter o pagamento pelo valor da coisa retida e com preferência em relação aos demais credores. É este o regime que resulta dos artigos 758.º e 759.º do Código Civil e que permite qualificar a figura da retenção como direito real de garantia.

Para além da sua função de garantia, este direito desempenha ainda uma função compulsória ou coercitiva.<sup>7 8</sup> Assim, ao titular do direito de retenção é permitido recusar licitamente o cumprimento da obrigação de entrega da coisa, a que está adstrito, de forma a pressionar o devedor ao cumprimento. Nas palavras de Vaz Serra “*é o direito, que tem o devedor, de*

---

<sup>2</sup> ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, 12.ª edição revista e actualizada, Almedina, 2011, pp. 881 – 884. As garantias *especiais* das obrigações, por oposição à garantia geral que se traduz no património do devedor, podem ser *pessoais* ou *reais*. As pessoais são aquelas em que um terceiro, para além do devedor, fica responsável com o seu património pelo cumprimento da obrigação. No entendimento de ALMEIDA COSTA, há nesta situação um reforço *quantitativo* da garantia do credor na medida em que os patrimónios que asseguram o cumprimento da obrigação passam a ser mais numerosos (patrimónios de outras pessoas, para além do devedor principal). Já as garantias reais são aquelas em que “o credor adquire o direito de se fazer pagar, de preferência a quaisquer outros credores, pelo valor ou pelos rendimentos de certos bens do próprio devedor ou de terceiro”. Nesta situação, haverá no entendimento daquele Autor um reforço qualitativo da garantia e, simultaneamente, se a garantia for constituída por um terceiro, um reforço quantitativo.

<sup>3</sup> Artigos 498.º e § 2.º, 499.º, § 2.º, 1349.º, 1407.º, 1414.º, 1450.º § único, 1614.º e 2251.º do Código de Seabra.

<sup>4</sup> VAZ SERRA, Adriano Paes da Silva, *Direito de Retenção*, em Boletim do Ministério da Justiça n.º 65, 1957, p. 103. CLÁUDIA MADALENO, *A vulnerabilidade das garantias reais: a hipoteca voluntária face ao direito de retenção e ao direito de arrendamento*, Coimbra Editora, 2008, p. 78-79.

<sup>5</sup> PESTANA DE VASCONCELOS, *Direito das Garantias*, Almedina, 2011, p. 314; PINTO DUARTE, Rui, *Curso de Direitos Reais*, Principia, Cascais, 2013, pp. 289 e 290; ALMEIDA COSTA, ob. cit., p. 974; MENEZES LEITÃO, *Direitos Reais*, 2.ª Edição, Almedina, 2011, p. 473.

<sup>6</sup> PINTO DUARTE, ob. cit., p. 204.

<sup>7</sup> ALMEIDA COSTA, ob. cit., p. 974; PESTANA DE VASCONCELOS, ob. cit., p. 314.

<sup>8</sup> Vide FRANCISCO ROCHA, *Da retenção sobre coisa de terceiro e sobre coisa própria*, in Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Volume LI, nºs 1 e 2, Coimbra Editora, 2010, pp. 590-594.

*diferir a entrega de uma coisa na sua posse, como meio de levar o credor a cumprir uma obrigação em que se encontra para com ele.”*<sup>9</sup>

## **b) Modalidades**

A lei estabeleceu um direito de retenção de **carácter geral** (art. 754.º), cuja constituição depende da verificação de determinados requisitos, e um conjunto de **casos específicos** não incluídos no âmbito daquela cláusula geral (art. 755.º n.º 1).

Em termos gerais, ao abrigo do artigo 754.º, o devedor pode exercer o direito de retenção sempre que (i) detenha um bem alheio e essa detenção seja legítima, (ii) disponha de um crédito contra o seu credor, (iii) o seu crédito resulte de despesas feitas por causa da coisa ou de danos por ela causados, isto é, haja uma *“relação de conexidade entre o crédito do detentor e o objecto que por este deve ser restituído”*<sup>10</sup> (*debitum cum re junctum*).

O primeiro requisito imposto pela lei é o da licitude da detenção. Nos termos do artigo 756.º, alínea a), não haverá direito de retenção se a coisa tiver sido obtida por meios ilícitos, salvo se a ilicitude fosse desconhecida. Retira-se daqui que o que a lei pretende excluir são apenas as situações de ilegitimidade ou ilicitude consciente. Está aqui em causa a boa-fé subjectiva, psicológica<sup>11</sup>. O crivo é menos apertado – não se exige que o retentor tome as medidas necessárias para averiguar a licitude da detenção.

Relativamente ao segundo requisito – o do detentor dispor de um crédito sobre o seu credor – está subjacente a ideia de equidade que, no entendimento de alguns, é a base do direito de retenção. *“A razão de ser prática do direito de retenção está na consideração de que é equitativo reconhecer ao detentor de uma coisa o direito de a reter enquanto a outra parte não cumprir a obrigação em que se constituiu para com o detentor por causa da mesma coisa.”*<sup>12</sup> Por outras palavras, trata-se de manter o equilíbrio contratual – *“é contrário à boa-fé que uma das partes exija a contraprestação sem que cumpra a obrigação correlativa”*. Ora, neste sentido, o detentor para poder reter uma coisa tem que dispor de uma pretensão contra o seu credor. Discute-se, a este propósito, se seria possível, ao retentor, exercer o direito de retenção contra um terceiro que não o devedor<sup>13</sup>. Admitir uma tal hipótese seria desvirtuar a função compulsória do direito de retenção: aquela função existe para levar o

---

<sup>9</sup> VAZ SERRA, ob. cit., p. 103.

<sup>10</sup> VAZ SERRA, ob. cit., p. 105.

<sup>11</sup> MENEZES CORDEIRO, *A posse: perspectivas dogmáticas actuais*, 3ª ed. act., Almedina, 2000 p. 93.

<sup>12</sup> VAZ SERRA, ob. cit., p. 134.

<sup>13</sup> Estamos a pensar, por exemplo, na hipótese em que um garagista que repara um automóvel que desconhecia ser furtado e quando o verdadeiro proprietário o pretende reaver, o garagista invoca o direito de retenção pelas despesas que teve com a reparação do automóvel.

devedor a cumprir, e não para exigir de terceiros em relação à relação contratual o cumprimento de uma obrigação à qual não se vincularam. Como bem nota PETER RUMMEL<sup>14</sup>, o direito de retenção não pode ser usado para criar novos devedores, “*transformando-se, assim, de mecanismo de defesa e garantia de um crédito, em mecanismo de nascimento de um novo crédito.*”<sup>15</sup>

Em terceiro lugar a lei exige uma relação de conexidade entre a coisa devida e o crédito do retentor. Aquele crédito tem que resultar de despesas feitas por causa da coisa ou de danos por ela causados. Não se exige que os créditos sejam causa jurídica um do outro<sup>16</sup>, exige-se sim que o crédito do retentor esteja directamente relacionado com a coisa. É este terceiro requisito que vem justificar a possibilidade do devedor reter a coisa *erga omnes*, tendo preferência na satisfação do seu crédito em relação aos demais credores.

Vejamos, a lei exige que o crédito resulte de *despesas feitas por causa* da coisa. De facto, não impõe que essas despesas se tenham destinado ao melhoramento ou conservação da coisa, bastando que tenham sido provocadas por ela. Contudo, a doutrina tem vindo a apontar a necessidade de uma mais valia na coisa retida. Assim, compreender-se-ia que o retentor obtivesse prevalência perante os demais credores porque não seria justo “*que o autor dessas despesas, com as quais se conservou ou aumentou o valor da coisa, se [visse] obrigado a entregar a coisa e a concorrer com os demais credores para se pagar pelo preço dela: dar-se-ia locupletamento à custa alheia quando tal se admitisse.*”<sup>17</sup> Defende-se assim uma interpretação restritiva do artigo 754.º em consonância com o art. 473.º por forma a justificar a prevalência do retentor<sup>18</sup>. O que se pretende, para os defensores deste entendimento, é evitar um enriquecimento sem causa dos demais credores à custa do retentor. De outro modo – se da despesa feita não resultasse qualquer benefício na coisa retida – não se compreenderia a preferência de pagamento relativamente a outros credores, designadamente hipotecários.

VAZ SERRA, no seu estudo sobre o direito de retenção, parece não ter tido em vista esta interpretação restritiva. O Autor admitia que, regra geral, o crédito resultava de despesas com benfeitorias necessárias ou úteis, apontando a injustiça que seria para o autor das despesas entregar a coisa, por si melhorada ou valorizada, levando a um enriquecimento dos demais credores. Contudo, não excluía a hipótese de as despesas não terem contribuído para

---

<sup>14</sup> PETER RUMMEL, “Gutgläubiger Erwerb von Retentionsrechten?, Zur Interpretation des § 471 ABGB *apud* JÚLIO GOMES, *Do direito de retenção (arcaico, mas eficaz...)*, in Cadernos de Direito Privado, n.º 11, Julho/Setembro 2005, p. 15.

<sup>15</sup> JÚLIO GOMES, ob. cit, p. 15

<sup>16</sup> VAZ SERRA, ob. cit., p. 106.

<sup>17</sup> *Idem*, p. 153.

<sup>18</sup> CLÁUDIA MADALENO, ob. cit., p. 93.

conservar ou aumentar o valor da coisa e, nesse caso, a legitimidade da retenção reside apenas no facto de terem sido despesas *provocadas por ela*<sup>19</sup>. De facto, a letra da lei é ampla não exigindo que “*das despesas efectuadas com a coisa resulte qualquer mais valia nesta, ou sequer que tais despesas obstem à deterioração da coisa*”.

Cabe então perguntar se aquela interpretação restritiva do artigo 754.º deverá ser adoptada.

Os princípios gerais que imperam em matéria de garantias das obrigações são o princípio da generalidade e o princípio da *par conditio creditorum*<sup>20</sup>. O património do devedor constitui a garantia geral das obrigações, é esse património que responderá pelo incumprimento das suas obrigações (artigo 601.º CC). Ora, não existindo causas legítimas de preferência, aquele património assegurará a satisfação de todos créditos de forma equitativa. Quer isto dizer que, à partida, havendo concurso de credores, estes encontram-se *em pé de igualdade*, é o que resulta claramente do regime do artigo. 604.º.<sup>21</sup> Donde se retira uma necessidade de justificar a preferência dada aos credores com garantias especiais. Apenas se poderá afastar a regra geral caso haja fundamento que justifique a sua *especialidade*.

No caso particular do direito de retenção por despesas feitas por causa da coisa, o fundamento para a preferência do retentor face aos demais credores está precisamente no enriquecimento destes à custa daquele. E, como bem nota CLÁUDIA MADALENO, “*só há necessidade de evitar este enriquecimento sem causa se da despesa feita resultar um benefício objectivo na coisa retida (...)*”<sup>22</sup>. Seria injusto que aquele que realizou um benefício objectivo na coisa ou que evitou uma diminuição objectiva do valor da coisa fosse colocado, em concurso de credores, na mesma posição que os restantes. Mas, por outro lado, seria igualmente injusto que o crédito daquele que realizou uma *despesa por causa da coisa*, sem que a tenha melhorado ou conservado, prevaleça sobre os demais. Parece-me que a ligação existente entre a coisa e o crédito não é suficiente para justificar a prevalência. O facto de o crédito ter causa na coisa não o distingue dos créditos dos demais credores. Pelo exposto, adoptamos o entendimento de que o artigo 754.º, na parte em que se refere ao direito de retenção por despesas feitas por causa da coisa, deverá ser interpretado restritivamente em conjugação com o artigo 473.º.

---

<sup>19</sup> VAZ SERRA, ob. cit., p. 153.

<sup>20</sup> ALMEIDA COSTA, ob. cit., pp. 847-848.

<sup>21</sup> PESTANA VASCONCELOS, *Direito de Retenção, par conditio creditorum, justiça material*, in Cadernos de Direito Privado, n.º 41, Jan-Mar 2013, p. 7.

<sup>22</sup> CLÁUDIA MADALENO, ob. cit., p.93.

A conexão material imposta pela lei enquanto requisito do direito de retenção existe também quando o crédito do devedor resulte de danos causados pela coisa. Nesta hipótese, é dada ao devedor a faculdade de reter a coisa para garantir o ressarcimento do seu dano. É, pois, evidente que o fundamento acima apontado de evitar o enriquecimento dos demais credores não está aqui em causa. Assim, haverá que justificar a prevalência do direito de retenção por danos causados pela coisa.

VAZ SERRA dizia, a este propósito, que a preferência do retentor só se poderia justificar por um sentimento vindicativo. Deste modo, na opinião do autor este direito de retenção apenas deveria dar preferência em relação aos credores posteriores<sup>23</sup>. No mesmo sentido, CLÁUDIA MADALENO, por não encontrar aqui qualquer potencial enriquecimento sem causa dos demais credores, entende não estar justificada a prevalência do direito de retenção. A autora considera equitativa e justa a atribuição do direito de retenção, porém, considera um benefício desnecessário que esse crédito seja pago com preferência em relação aos outros. Defendendo que, no caso do direito de retenção por danos causados pela coisa, o artigo 759.º CC não terá aplicação<sup>24</sup>.

Não me parece que a única justificação possível para a preferência do direito de retenção tenha que ser a existência de um locupletamento dos restantes credores. E também não me parece razoável considerar que existam regimes diferentes para os diferentes direitos de retenção.

Quando o crédito resulte dos danos causados pela coisa, o fundamento para a atribuição do direito de retenção, e consequente prevalência sobre os demais credores, está na teoria do risco.

Por risco deve entender-se o “sacrifício, dano potencial ou quantidade negativa patrimonial, que, em termos genéricos, se identifica com a eventualidade de uma situação desfavorável.”<sup>25</sup> O risco é suportado, regra geral, pelo proprietário do bem que lhe deu causa. Aquele que suporta as vantagens de uma coisa deverá também suportar as suas desvantagens – *ubi commoda ibi incommoda*. Percebe-se então que seja o proprietário da coisa a responder pelas desvantagens por ela criadas. Dir-se-á que tal justifica apenas que seja conferido o direito de retenção ao devedor, não fundamenta a prevalência sobre os demais credores. Não é assim. A criação de risco e a produção de danos geram potencialmente uma diminuição do património

---

<sup>23</sup> VAZ SERRA, ob. cit., p. 155.

<sup>24</sup> CLÁUDIA MADALENO, ob. cit., p.133.

<sup>25</sup> NUNO AURELIANO, *O risco nos contratos de alienação*, Almedina, 2009, p. 23. O autor distingue entre *risco-evento* e *risco-situação jurídica*.



do devedor. Assim, aquele que suporta o risco em vez do devedor, por ter a coisa em seu poder e por ter sofrido os danos causados por ela, conserva de alguma forma o património do devedor perante os demais credores que ficam, de certa forma, beneficiados com essa *canalização* do risco da coisa para outrem. Nesta medida, parece-me justificada a prevalência do titular do direito de retenção que sofreu os danos sobre os demais credores.

Analizados que estão os requisitos para a atribuição do direito de retenção de carácter geral cabe agora fazer uma pequena referência aos casos especiais do artigo 755.º.

A lei atribui ainda direito de retenção ao transportador, ao albergueiro, ao mandatário, ao gestor de negócios, ao depositário, ao comodatário e ao promitente comprador que tenham obtido a tradição da coisa. Em qualquer destes casos não se exige a verificação dos requisitos da cláusula geral. Verificados os pressupostos das alíneas do artigo 755.º haverá direito de retenção. Aqui existe também uma conexão entre a coisa e o crédito, no entanto essa conexão resulta do facto de o crédito do devedor se fundar na mesma relação jurídica de onde decorre a obrigação de entrega da coisa – é uma conexão jurídica. Exploraremos melhor, adiante, o conceito de conexão jurídica a propósito do caso particular do promitente comprador.

Como vimos acima, é excluída a atribuição do direito de retenção sempre que a coisa tenha sido, conscientemente, obtida por meios ilícitos. Mas a lei prevê ainda outras situações em que – apesar de estarem verificados todos os requisitos do artigo 754.º ou de se tratar de um dos casos específicos do artigo 755.º – é excluída a atribuição da faculdade de reter a coisa.

É o que acontece, por exemplo, quando aquele que se arroga o direito de retenção, ao realizar despesas na coisa, actua de má fé. O que releva aqui é o momento da realização das despesas, ou seja, o momento do nascimento do crédito do retentor. Ainda que haja boa fé no momento em que a coisa lhe é entregue, se esta não se mantiver, o devedor perde o benefício do direito de retenção. Já não é assim se as despesas forem feitas em benefício do proprietário da coisa, nesse caso, trata-se de uma gestão de negócios e não se pode dizer que o retentor tenha actuado de má fé<sup>26</sup>.

O direito de retenção é ainda excluído quando a coisa que se pretende reter é, para efeitos do Código do Processo Civil, uma coisa impenhorável. Está aqui evidenciada a função de

---

<sup>26</sup> VAZ SERRA, ob. cit., p. 170 nota 111. “Se, por exemplo, A obtém de boa fé a posse de uma coisa de B e vem depois a saber que essa coisa lhe não pertence, fazendo nela benfeitorias necessárias (que B é de crer teria também feito), não será razoável que goze do direito de retenção? Talvez não o seja. Sempre é certo que o possuidor fez as despesas para si, não para o dono da coisa. Se as fez para este, o caso será de gestão de negócios e então já pode dizer-se que não efectuou de má fé as despesas.”

garantia do direito de retenção – se, no limite, aquele direito concede ao seu titular a faculdade de executar a coisa por forma a ressarcir o seu crédito, então há que aplicar as regras gerais do processo executivo. “*De resto, a própria impossibilidade de execução da coisa tiraria ao direito de retenção o seu valor de garantia.*”<sup>27</sup>

Por fim, o legislador estabeleceu a exclusão do direito de retenção sempre que a outra parte preste caução suficiente – artigo 756.º, alínea d), CC. A este propósito, entende CLÁUDIA MADALENO que não há uma exclusão do direito de retenção *stricto sensu*, isto é, para a autora o direito de retenção não deixa de existir nessa situação, simplesmente o seu exercício é ilegítimo uma vez que a outra parte já garantiu o crédito com a caução. Nas palavras da autora, “*o que se verifica é que, por força da prestação de caução, deixa de ser necessário o exercício deste direito para garantir o crédito do retentor, pois a caução representa já uma garantia suficiente*”.<sup>28</sup> Em sentido divergente se pronuncia a grande maioria da doutrina que vê na caução uma causa de exclusão do direito de retenção<sup>29</sup>.

Do meu ponto de vista não faz sentido a posição tomada por CLÁUDIA MADALENO: o facto de o direito de retenção deixar de ser *necessário*, perder utilidade, é precisamente a razão pela qual a lei o *exclui*. Ele não subsiste: deixa de ser uma opção do devedor reter a coisa. Nem se percebe a construção que é feita pela autora. Nas suas palavras, *o retentor passará a exercer o direito ilegítimamente*. Ora, não quererá isto dizer que quanto a ele (devedor) o direito não existe? Se o exerce ilegítimamente é porque não tem aquela faculdade. Em suma, parece-nos que a lei é clara e coerente: tendo o direito de retenção uma função de garantia e estando o credor já garantido por caução, não faz sentido atribuir ao credor a faculdade de reter a coisa. Assim, deve entender-se que nestes casos não existe direito de retenção.

### **c) Regime**

Feitas as considerações gerais sobre figura do direito de retenção cabe agora dedicarmo-nos ao seu regime.

---

<sup>27</sup> PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, 4.ª Edição revista e actualizada, 1997, Vol. I, p. 779.

<sup>28</sup> CLÁUDIA MADALENO, ob. cit., p. 106.

<sup>29</sup> ALMEIDA COSTA, ob. cit., p. 977; PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, ob. cit., p. 780; MENEZES LEITÃO, ob. cit., p. 471.

A primeira pergunta a fazer é: quando *nasce* o direito de retenção? Será no momento da entrega da coisa ao devedor? Será a partir do incumprimento por parte do credor? Mas que incumprimento? Definitivo?

A questão da determinação do momento da constituição do direito de retenção é, com efeito, uma questão controversa. Por um lado, há quem admita que a constituição do direito de retenção se dá logo no momento da entrega da coisa, como se tratasse de um *direito virtual*<sup>30</sup> que existe desde o momento da detenção material da coisa e que tem como condição de eficácia o incumprimento por parte do outro contraente. Os defensores desta posição entendem que o incumprimento não passa de mais um requisito para o funcionamento da retenção<sup>31</sup>. Por outro lado, há quem defenda que o incumprimento é um requisito não para a eficácia mas para a constituição do direito de retenção. Assim, aquele direito apenas se constitui no momento em que a contraparte incumpra a sua prestação. Para Inocêncio Galvão Telles e Salvador da Costa não basta a mora do devedor para que o retentor possa exercer o seu direito. Os autores entendem que apenas com o incumprimento definitivo é possível exercer aquela faculdade.

Quanto a mim parece-me que não é defensável que o direito de retenção se constitua a partir do momento em que há detenção material da coisa. Em minha opinião, tal posição vai contra a letra da lei. Senão, veja-se o artigo 754.º que estabelece que goza de direito de retenção quem (i) tenha a obrigação de entregar certa coisa se (ii) o seu *crédito* resultar de despesas feitas por causa dela ou danos por ela causados. Donde, para que exista direito de retenção têm que, pelo menos, existir dois créditos – o do retentor e o da parte a quem deve ser entregue a coisa. Ora, a única situação jurídica que se constitui no momento da detenção material da coisa é a obrigação de entregar a coisa e, consequentemente, o crédito a favor do seu proprietário. Assim, face à letra da lei parece-me incorrecto dizer que a mera detenção material da coisa determina a constituição do direito de retenção, ainda que ineficaz.

Mas outrossim não me parece defensável que o incumprimento definitivo do crédito do detentor seja requisito para a constituição do direito de retenção. Entendo, com CLÁUDIA MADALENO, que o regime estabelecido no artigo 757.º é um importante argumento contra esta tese. Nos termos daquele artigo o devedor pode exercer o direito de retenção mesmo antes do vencimento do seu crédito, desde que se verifique alguma das circunstâncias que

---

<sup>30</sup> CLÁUDIA MADALENO, ob. cit., p. 106.

<sup>31</sup> *Idem*, p. 107 “(...) o direito de retenção existe desde logo, a partir da entrega da coisa, mas apenas adquire a sua eficácia plena com o incumprimento, e desde que, naturalmente, o seu titular o invoque perante o credor da entrega da coisa.”

importam a perda do benefício do prazo, circunstâncias estas previstas no artigo 780.º CC. Ora, se nessa eventualidade é possível exercer o direito de retenção mesmo antes de a obrigação se vencer, então, por maioria de razão, deverá ser legítimo o exercício daquele direito mesmo quando ainda não haja um incumprimento definitivo da contraparte<sup>32</sup>. Por outro lado, como bem nota aquela autora, se se admitisse o incumprimento definitivo como requisito para a constituição do direito de retenção, “*esta figura perderia grande parte da sua função de pressão contra o devedor.*”<sup>33</sup>

Em suma, entendo que o direito de retenção se constitui no momento em que, tanto de um lado como do outro, haja uma obrigação e um crédito – sendo que num dos lados, necessariamente, a obrigação é de entrega de uma coisa – e que se torna eficaz quando haja um incumprimento do crédito do detentor. Incumprimento este que não se exige seja definitivo, englobando as situações de mora.

Dependendo da coisa sobre que incide, o regime do direito de retenção será diferente. Tratando-se de retenção sobre coisas móveis, estabelece o artigo 758.º que o retentor gozará dos mesmos direitos e estará sujeito às mesmas obrigações que o credor pignoratício, salvo no que diz respeito à substituição ou reforço da garantia.

A doutrina tem apontado a este respeito que, ao remeter para o regime do penhor, se estaria a criar um penhor legal<sup>34</sup>. É que, sendo o objecto entregue pelo proprietário da coisa, poder-se-ia daí retirar que o proprietário empenhou a coisa tacitamente para garantia do crédito. Mas como bem nota VAZ SERRA, “*a entrega que o proprietário faça (...) não é realizada com o fim de garantia, representando apenas um acto de execução ou de conclusão do contrato*”<sup>35</sup>. De facto, nas situações em que nasce o direito de retenção não existe uma vontade por parte do proprietário de dar a coisa em garantia do crédito. Por outro lado, o legislador não consagrou a figura do penhor legal no ordenamento português, de tal forma que, parece ser preferível não adoptar esta figura mas antes “*recorrer ao direito de retenção nos casos em que o penhor legal mais se justificaria.*”<sup>36</sup>

Apesar de não se admitir a figura do penhor legal, há, efectivamente, uma extensão do regime do penhor ao direito de retenção. Não é, porém, uma extensão total do regime. Têm aplicação apenas algumas normas. Como seja, o retentor goza de preferência sobre os demais credores

---

<sup>32</sup> Neste sentido, CLÁUDIA MADALENO.

<sup>33</sup> CLÁUDIA MADALENO, ob. cit., p. 108.

<sup>34</sup> ALMEIDA COSTA, ob. cit., pp. 979-980.

<sup>35</sup> VAZ SERRA, ob. cit., p. 190.

<sup>36</sup> PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, ob.cit., p. 781.

(art. 666.º), havendo um credor que seja titular de um privilégio sobre o mesmo bem aplicar-se-á a regra geral do artigo 750.º e prevalecerá a garantia constituída em primeiro lugar. Ao retentor são aplicáveis os artigos 670.º a 673.º relativos aos direitos e deveres do credor pignoratício, excepto no que respeita à substituição ou reforço da garantia. O titular do direito de retenção poderá executar a coisa nos mesmos termos que o credor pignoratício – art. 675.º. São ainda aplicáveis os artigos 692.º e 694.º a 699.º por força do artigo 678.º.

O regime do penhor é ainda aplicável quando o direito de retenção recaia sobre coisas imóveis, mas apenas até à entrega da coisa – artigo 759.º, n.º 3. Apesar de a lei aqui não ter excluído a aplicação das normas que tratam da substituição ou reforço da garantia, a doutrina tem vindo a pugnar pela sua não aplicação. O fundamento para tal entendimento reside na ligação existente entre a coisa e o direito de a reter.<sup>37</sup>

Quanto aos poderes de execução e à preferência sobre os demais credores, a posição do titular do direito de retenção sobre coisas imóveis é igual à do credor hipotecário. Assim, tal como na hipoteca, a execução da coisa objecto do direito de retenção far-se-á pela via judicial através do recurso à venda em processo executivo.

No que toca ao concurso de credores, havendo credores hipotecários, o retentor terá preferência sobre eles ainda que as hipotecas sejam registadas anteriormente. É o que resulta do artigo 759.º, n.º 2. Esta regra tem gerado muita celeuma entre a doutrina, havendo mesmo quem defenda a sua inconstitucionalidade. Mais à frente analisaremos melhor o seu regime.

Relativamente à transmissibilidade e independentemente da coisa sobre que incida ser móvel ou imóvel, o direito de retenção é apenas transmissível se com ele for também transmitido o crédito que tem por base. A ligação existente entre o direito de retenção e o crédito é tal (aquele é atribuído por lei devido às qualidades do crédito garantido), que não faria sentido transmitir o primeiro desligado do segundo.

Por fim, no que toca às causas de extinção do direito de retenção, estas são as mesmas por que cessa a hipoteca e ainda pela entrega da coisa (art. 761.º CC). Assim, o direito de retenção extingue-se perante a verificação de qualquer das situações do artigo 730.º do CC.

Quanto à extinção pela entrega da coisa, discute-se se a entrega tanto pode ser voluntária como involuntária. MENEZES LEITÃO é da opinião de que a vontade do retentor é aqui

---

<sup>37</sup> PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, ob. cit., p. 783. ALMEIDA COSTA, ob. cit., p. 982.

irrelevante: desde que haja entrega da coisa o direito extingue-se<sup>38</sup>. Em sentido contrário, VAZ SERRA e ALMEIDA COSTA notam que, para que a entrega da coisa implique uma renúncia ao direito de retenção, é necessário que a entrega seja voluntária<sup>39</sup>. Nessa hipótese não pode o detentor recuperar a coisa já que a perdeu voluntariamente. O mesmo não se passa quando a entrega tenha sido involuntária: aí não há qualquer renúncia ao direito e o retentor poderá lançar mão das acções possessórias e da acção de reivindicação, em termos análogos ao credor pignoratício, para recuperar a coisa (aplicação do artigo 670.º, alínea a), por remissão dos artigos 758.º e 759.º, n.º 3). Recuperada a coisa, poderá continuar a exercer o direito de retenção<sup>40</sup>.

A meu ver, a razão está do lado destes dois últimos autores. Não faz sentido que o devedor perca o seu direito de reter a coisa quando a entrega resulte de acção involuntária. Não haverá qualquer renúncia ao direito se o retentor perdeu a coisa contra (ou sem) a sua vontade. Desde logo, o verbo *entregar* pressupõe uma acção positiva por parte do agente. Só se concebe uma *entrega involuntária* em caso de coacção. Havendo esbulho, a *entrega* não é feita pelo retentor e, nesse caso, parece-me não ser de subsumir ao artigo 761.º para efeitos de extinção do direito. Nessa hipótese, o retentor terá ao seu alcance as acções possessórias e de reivindicação como referido *supra*. Concluindo, em minha opinião só haverá extinção do direito de retenção por entrega da coisa quando a entrega seja voluntária.

A extinção da retenção por confusão é outro dos temas que tem ocupado a doutrina. O tema relaciona-se directamente com a questão de saber se é possível reter coisa própria. MENEZES LEITÃO pronunciou-se sobre esta questão pugnando pela admissibilidade do direito de retenção sobre coisa própria<sup>41</sup> para tal apresentando três argumentos: (i) é conceptualista a orientação doutrinária no sentido de que só há direito de retenção sobre coisa alheia e não sobre coisa própria; (ii) a lei prevê expressamente essa possibilidade no regime de construção de navios; e, por outro lado, (iii) a lei admite expressamente a reunião na mesma pessoa das qualidades de credor e proprietário da coisa hipotecada ou empenhada pelo que, dada a equiparação que o legislador estabeleceu entre o regime da retenção e o regime da hipoteca e do penhor (arts. 758.º e 759.º), tal regime deverá ser igualmente

---

<sup>38</sup> MENEZES LEITÃO, ob. cit., p. 472 – “À semelhança do que se referiu para a penhora, parece que essa extinção ocorre, quer a entrega seja voluntária, quer involuntária, como na hipótese de resultar de fraude ou violência.”

<sup>39</sup> No mesmo sentido PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, ob. cit., p. 784: “Refere-se este artigo 761.º, em especial, à entrega da coisa. Esta funciona como renúncia tácita ao direito. A entrega tem de ser, pois, voluntária.(...)”

<sup>40</sup> VAZ SERRA, ob. cit., pp. 234-236; 243 e 244.

<sup>41</sup> MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Vol. III, 4.ª Edição, Almedina, p. 527.

aplicável à retenção. Também FRANCISCO ROCHA<sup>42</sup> <sup>43</sup> se ocupa deste tema. No entendimento do autor da mesma forma que não é admissível a constituição de hipoteca ou de penhor pelo proprietário da coisa também não será admissível a constituição do direito de retenção sobre coisa própria. O que a lei prevê é a possibilidade de aqueles direitos reais menores “*se não extinguirem imediatamente quando verificada a ocorrência do facto extintivo confusão.*”<sup>44</sup> A questão põe-se supervenientemente, isto é, não se admite a constituição de direito de retenção sobre coisa própria, contudo, por aplicação analógica do artigo. 871.º, n.º 4 do CC, permite-se que, após a constituição do direito de retenção sobre coisa alheia, se o retentor, por sua vez, vier a adquirir a coisa retida, aquele direito não se extinga caso o credor nisso tiver interesse. “*Assim, se o direito de retenção prevalece sobre hipoteca mesmo que anteriormente constituída, i.e., registada (art. 759.º, n.º 2), haverá justificado interesse próprio em que o retentor mantenha o seu direito de retenção sobre a coisa cuja propriedade adquira, se com a retenção concorrer uma hipoteca ou um outro direito de retenção (...).*”<sup>45</sup> Desta forma, dever-se-á concluir que nem sempre a confusão é causa extintiva do direito de retenção, bastando para tal que haja um interesse atendível do credor nos termos acima expostos.

## II. Hipoteca

### a) Considerações gerais

Depois da análise da figura do direito de retenção – objecto do presente trabalho – passaremos à análise da hipoteca, já que o tema que aqui nos ocupa prende-se com o conflito existente entre estas duas figuras.

A hipoteca é configurada como um direito real de garantia, ou seja, a sua função é assegurar o cumprimento de uma obrigação. É uma garantia satisfativa, por oposição a conservatória, na medida em que “*concede ao credor um poder virtual de execução do bem sobre o qual incide a garantia*”<sup>46</sup>. O credor que constitua a seu favor uma hipoteca, perante o incumprimento da obrigação pelo devedor, poderá executar a coisa, pagando-se através da venda judicial da mesma.

O Código Civil não nos dá uma definição de hipoteca, limitando-se a enunciar os efeitos daquela: “*a hipoteca confere ao credor o direito de ser pago pelo valor de certas coisas*

---

<sup>42</sup> FRANCISCO ROCHA, op. cit., pp. 630 a 641.

<sup>43</sup> *Idem*, *Nótulas sobre os direitos reais menores sobre coisa própria*, in Compilações doutrinárias, disponível em [www.verbojuridico.com](http://www.verbojuridico.com), pp. 32 a 38.

<sup>44</sup> FRANCISCO ROCHA, *Nótulas sobre os direitos reais menores...* op. cit., p. 36.

<sup>45</sup> *Idem*.

<sup>46</sup> CLÁUDIA MADALENO, ob. cit., p. 41.

*imóveis, ou equiparadas, pertencentes ao devedor ou a terceiro com preferência sobre os demais credores que não gozem de privilégio especial ou de prioridade de registo.”* Daqui pode retirar-se que a hipoteca é uma garantia especial das obrigações que recai sobre bens imóveis, automóveis, aeronaves e navios, conferindo ao seu titular o direito de ser pago pelo valor desses mesmos bens.

A hipoteca tem sido apontada pela doutrina como a garantia que confere a maior segurança do ressarcimento do seu direito de crédito

São três as modalidades da hipoteca: legal, jurisdicional e voluntária.

## **b) Regime**

O regime da hipoteca está consagrado nos artigos 686.º a 732.º do Código Civil. Relativamente ao objecto sobre que pode incidir a hipoteca dissemos já que esta incide sobre coisas imóveis ou equiparáveis. O artigo 688.º faz um elenco dos bens hipotecáveis: (i) os prédios rústicos e urbanos; (ii) o domínio directo e o domínio útil dos bens enfitêuticos; (iii) o direito de superfície; (iv) o direito resultante de concessões em bens do domínio público, observadas as disposições legais relativas à transmissão dos direitos concedidos; (v) usufruto das coisas e direitos constantes das alíneas anteriores; (vi) as coisas móveis que, para este efeito, sejam por lei equiparadas às imóveis. Discute-se ainda na doutrina se é admissível a hipoteca do direito real de habitação. Não desenvolveremos esta questão, apenas diremos que a maioria se inclina para a admissão do direito real de habitação como objecto de hipoteca. Quando constituída sobre bens insusceptíveis de hipoteca, esta deverá considerar-se nula por impossibilidade do objecto nos termos do artigo 280.º, n.º 1 CC.

Nos termos do artigo 691.º do CC, o objecto daquela garantia estende-se às árvores, arbustos e frutos naturais enquanto estiverem ligados ao solo; aos direitos inerentes aos imóveis a partes integrantes dos prédios rústicos e urbanos; às acessões naturais; e às benfeitorias, salvo o direito de terceiros. Relativamente a esta última ressalva, apenas dizer que visa respeitar os direitos do possuidor ao reembolso de benfeitorias necessárias e levantamento ou restituição de benfeitorias úteis, estando aqui também em causa o direito de retenção que é atribuído pelas benfeitorias de boa-fé.

Ainda relativamente ao objecto da hipoteca, estabelece o artigo 692.º que sempre que a coisa se perder, deteriorar ou diminuir de valor e, por causa disso, o seu proprietário seja indemnizado, dá-se uma sub-rogação, isto é, a substituição do objecto da hipoteca pelo



crédito à indemnização, “*neste caso a lei vai permitir que a hipoteca tenha um objecto que não pode habitualmente ter(...)*.”<sup>47</sup>

A hipoteca inclui ainda os acessórios do crédito que constem do registo, nomeadamente, juros, cláusulas penais, despesas de constituição e registo. Contudo, relativamente aos juros, a hipoteca abrange apenas os juros relativos a três anos – artigo. 693.º, n.º 2. Este preceito destina-se a proteger terceiros que, de outra forma, se veriam surpreendidos com a extraordinária extensão da hipoteca. Por outro lado compele o credor hipotecário a não protelar excessivamente a execução.

O regime da hipoteca prevê também o seu reforço ou substituição. Assim, sempre que a coisa pereça ou se torne insuficiente, por causa não imputável ao credor, este tem o direito de exigir a substituição ou o reforço da garantia. Não cumprindo o devedor com a exigência imposta pelo credor, este tem a faculdade de exigir o imediato cumprimento da obrigação – artigo 701.º, n.º 1 CC. O facto de a garantia ter sido constituída por terceiro não obsta ao funcionamento daquele direito, porém, nos casos em que o terceiro seja alheio à constituição da garantia, o credor só poderá exigir o reforço ou a substituição da hipoteca se a diminuição da garantia for devida a culpa do terceiro.

Da mesma forma que admite o reforço ou substituição, a lei prevê também a redução da hipoteca. A redução pode operar voluntária ou judicialmente.

A redução voluntária pressupõe a capacidade e legitimidade necessárias para dispor do direito (artigo 718.º). Neste sentido escreve VAZ SERRA: “*Assim, aqueles que apenas administram os bens do credor não podem consentir na redução de hipotecas que assegurem os seus créditos. (...) E também não podem consentir na redução os próprios credores, se não tiverem capacidade de disposição. (...) Mesmo que a redução se limite ao montante do crédito, é sempre de exigir aquela capacidade, porque a redução pode traduzir-se numa diminuição do que é devido ao credor, e representar praticamente a disposição de um direito.*”<sup>48</sup> À redução voluntária aplica-se o regime da renúncia à garantia. Nos termos do artigo 731.º, a renúncia deve ser expressa, estando sujeita à forma exigida para a constituição da hipoteca, e não necessita de aceitação por parte do seu autor.

A redução judicial, regra geral, só tem lugar nas hipotecas legais e judiciais porque, como bem notam ANTUNES VARELA e PIRES DE LIMA, “*só nestas se verifica a*

---

<sup>47</sup> MENEZES LEITÃO, ob. cit., p. 445.

<sup>48</sup> VAZ SERRA, *Hipoteca*, n.º 48, in Boletim do Ministério da Justiça, n.º 63, p. 293.

*indeterminação dos bens sobre que incidem.*”<sup>49</sup> Tratando-se de hipotecas voluntárias a redução judicial é admitida apenas excepcionalmente nos casos de diminuição da dívida ou de valorização da coisa onerada ou da quantia assegurada. A lei estabeleceu critérios objectivos para estes dois casos. Assim, exige-se uma redução da dívida a menos de dois terços do seu montante inicial, e, no caso da valorização, a lei impõe que este seja em mais de um terço do seu valor à data da constituição da hipoteca. Estes limites traduzem-se numa ponderação do legislador entre a vantagem de libertar os bens de encargos e a necessidade de evitar sucessivos pedidos de redução fundados em pequenas diminuições da dívida ou em valorizações insignificantes<sup>50</sup>.

Ainda relativamente ao objecto da hipoteca, cabe fazer uma referência à sua transmissão. Os bens hipotecados podem ser livremente transmitidos, não estando subtraídos ao comércio jurídico. Contudo, a sua transmissão não opera livre do respectivo ónus que os acompanha. Desta forma, foi concedida ao terceiro adquirente a possibilidade de *expurgar a hipoteca* que incida sobre o bem que adquiriu. O direito à expurgação é atribuído àquele que (i) adquiriu o bem hipotecado, (ii) registou o título de aquisição e (iii) não seja pessoalmente responsável pelo cumprimento da obrigação garantida<sup>51</sup>. Reunindo estas três condições, o terceiro adquirente poderá extinguir a hipoteca, pagando *integralmente* aos credores hipotecários as dívidas garantidas pelos bens hipotecados ou pagando os débitos até à quantia pela qual obteve os bens ou aquela em que os estima quando a aquisição tenha sido feita por título gratuito ou não tenha havido fixação de preço. Neste último caso, os credores são citados para impugnam o valor, se este for insuficiente para a satisfação dos créditos hipotecários ou privilegiados. Havendo impugnação, os bens são postos em hasta pública<sup>52</sup>.

Tal como o objecto da hipoteca, também a própria garantia é passível de ser transmitida. A lei distingue a cessão da hipoteca da cessão do grau hipotecário. Na primeira o que sucede é que a garantia é transmitida para assegurar um crédito pertencente a outro credor do mesmo devedor. Impõe-se contudo alguns requisitos para que tal transmissão opere: (i) a garantia não pode ser exclusivamente pessoal; (ii) embora a dívida seja diferente, é necessário que o cessionário seja credor do mesmo devedor; (iii) devem observar-se as regras da cessão de

---

<sup>49</sup> PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, ob. cit., p. 740.

<sup>50</sup> Vide PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, ob. cit., Vol.I, p. 741

<sup>51</sup> Não deverá ser concedido o direito de expurgação “aos credores hipotecários que pretendam libertar-se de outras hipotecas para obterem o primeiro grau hipotecário. (...) Também não é conferido o direito de expurgação a quem adquiriu sobre os bens hipotecados um direito diferente (usufruto, direito de superfície, etc.) do que tinha o autor da hipoteca: estes direitos extinguem-se, em princípio, quando o credor exerce a acção hipotecária (cfr. art. 824.º, n.º 2).” - Vide PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, ob. cit., p. 741 e 742.

<sup>52</sup> Vide PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, ob. cit., p. 742.

créditos. Assim, para que tal cessão opere não é necessário o consentimento do devedor (art. 577.º, n.º 1), porém, será necessário o consentimento de terceiro se for este o autor da garantia. Por outro lado, a cessão seguirá as regras do tipo de negócio que lhe serve de base e deverá ser feita por escritura pública ou documento particular autenticado, salvo o disposto em lei especial. Por fim, a cessão deverá ser notificada ao devedor para que produza efeitos em relação a ele – artigo 583.º CC.

A cessão do grau hipotecário opera nos termos do artigo 729.º. Com a cessão do grau não se transmite a hipoteca, apenas se cede a preferência resultante da prioridade do registo. A cessão do grau hipotecário está sujeita a registo que é exigível para que a cessão produza efeitos em relação a terceiros.

Por fim, o último aspecto do regime da hipoteca que analisaremos é a sua extinção. Existem causas indirectas e directas de extinção da hipoteca. A única causa indirecta de extinção desta garantia é a extinção da obrigação garantida. Aqui se manifesta claramente a característica da acessoriedade da hipoteca – enquanto garantia acessória, esta não pode subsistir após a extinção do direito principal<sup>53</sup>.

A hipoteca extingue-se ainda pela prescrição a favor de terceiro adquirente do prédio hipotecado, decorridos vinte anos sobre o registo da aquisição e cinco sobre o vencimento da obrigação. *É uma figura de fundamento análogo ao da usucapio libertatis a que se refere o artigo 1574.º, e que se baseia na protecção que merece, nestes casos, o interesse do terceiro adquirente, mais do que o interesse do credor, que pode facilmente assegurá-lo por outras vias*<sup>54</sup>.

A terceira causa de extinção da hipoteca é o perecimento da coisa. Não havendo transferência do direito para o crédito da indemnização ou para a quantia paga a esse título, nos termos dos artigos 692.º e 701.º, e perecendo a coisa integralmente, a garantia hipotecária extingue-se. Mais uma vez vemos aqui a manifestação do principio da acessoriedade. Contudo, se o perecimento for parcial, a hipoteca mantém-se em relação à parte existente (art. 696.º).

A hipoteca extingue-se ainda pela renúncia do credor. Tal renúncia deverá ser expressa e *exarada em documento que contenha a assinatura do renunciante reconhecida presencialmente, salvo se esta for feita na presença de funcionário da conservatória*

---

<sup>53</sup> Vide ANTUNES VARELA/PIRES DE LIMA, ob. cit., p. 751

<sup>54</sup> *Idem*, p. 751

*competente para o registo*<sup>55</sup>. A renúncia do credor não depende de aceitação do devedor ou do autor da hipoteca.

Por fim, há ainda a considerar duas formas de extinção da hipoteca que não vêm elencadas no artigo 730.º CC. São elas a expurgação, que analisámos acima, e a caducidade que poderá ocorrer pelo decurso do prazo convencionado ou pela verificação de uma condição resolutiva, ou não verificação de condição suspensiva, que tenha sido aposta à garantia.

### **c) Características**

Do regime analisado acima é possível apontar as seguintes características à hipoteca:

- i. *A realidade*, na medida em que se apresenta como um direito real com eficácia *erga omnes*.
- ii. A *sequela*, característica que deriva da anterior, e se traduz no facto de a hipoteca seguir a coisa onerada nas suas transmissões;
- iii. A *preferência* – igualmente uma decorrência da sua natureza de direito real – que significa que prevalece sobre os direitos reais de garantia posteriormente constituídos;
- iv. A *acessoriedade*, já apontada acima, decorre da ligação da garantia hipotecária ao crédito garantido;
- v. A *publicidade*, manifestada no facto de a hipoteca estar sujeita a registo, sob pena de inexistência no caso das hipotecas legais e judiciais, ou ineficácia no caso das voluntárias;
- vi. A *especialidade*, decorrente do facto de a hipoteca implicar a determinação dos bens sobre que incide, o montante do crédito garantido, dos seus acessórios e do respectivo fundamento;
- vii. A *indivisibilidade* – “*a hipoteca é una, mesmo que abranja uma pluralidade de coisas, pelo que subsiste indiferenciadamente sobre cada uma das coisas que abrange, mesmo que estas venham a ser objecto de divisão, ficando as coisas resultantes da divisão integralmente oneradas (est tota in toto, et tota in qualibet parte)*.”<sup>56</sup>

---

<sup>55</sup> ALMEIDA COSTA, ob. cit., p. 958.

<sup>56</sup> MENEZES LEITÃO, ob. cit., pp. 443-444.

#### **IV. O caso particular do promitente-comprador de imóvel para habitação – artigo 755.º, n.º 1, alínea f)**

##### **a) Evolução histórica**

O direito de retenção do promitente-comprador que tenha beneficiado da tradição da coisa objecto do contrato prometido surge pela primeira vez no ordenamento português no Decreto-Lei n.º 236/80 de 18 de Julho. Este Decreto-Lei procedeu à alteração do regime do contrato de promessa no intuito de conferir maior protecção aos promitentes-compradores de edifícios, ou de fracções autónomas, sobretudo quando destinados a fins habitacionais.

O referido diploma surgiu numa altura de instabilidade económica e financeira do país, caracterizada pela desvalorização da moeda. Nesta conjuntura, inúmeros promitentes-compradores viam “frustradas as suas aspirações face à resolução do contrato pelo outro outorgante, com uma indemnização (o dobro do sinal passado) que nem sequer equivale já à importância inicialmente desembolsada, não cobrindo o dano emergente da resolução”<sup>57</sup>. Assim, tornava-se vantajoso para os promitentes-vendedores resolver os contratos para poder posteriormente vender o imóvel por um preço mais elevado.

Por outro lado, havia também situações nas quais os promitentes-compradores se achavam “coagidos, pela força das circunstâncias e para alcançarem o direito de propriedade da casa, (...), a satisfazer exigências inesperadas que inoportavelmente agrava[vam] o preço inicialmente fixado.”<sup>58</sup>

Perante esta conjuntura decidiu o legislador intervir, estabelecendo regras especiais para o cálculo da indemnização, dando mais solenidade ao contrato e conferindo ao promitente-comprador o direito de retenção sobre a coisa. A *ratio* que lhe estava subjacente era precisamente estabelecer um equilíbrio entre os outorgantes e desmotivar a resolução dos contratos com intuítos meramente especulativos.

Desta forma, com a aprovação do referido diploma passou a ser exigido que “no documento do contrato se proceda ao reconhecimento presencial das assinaturas dos promitentes e que o notário certifique a existência de licença de construção do edifício”<sup>59</sup>. No que toca à resolução do contrato, o diploma mantém a regra segundo a qual, tendo havido entrega de sinal, a resolução do contrato implica a perda deste ou a sua restituição em dobro, conforme o

---

<sup>57</sup> Vide preâmbulo do DL 236/80 de 18 de Julho.

<sup>58</sup> *Idem*.

<sup>59</sup> MENEZES CORDEIRO, *O Novo Regime do Contrato-Promessa (Comentário às alterações aparentemente introduzidas pelo Decreto-lei n.º 236/80, de 18 de Julho, ao Código Civil)*, in Boletim Ministério da Justiça, n.º 306, 1981, p. 28.

outorgante causador da resolução. Contudo, acrescenta: havendo tradição da coisa para o promitente-comprador, a indemnização devida pela resolução do contrato passa a ser o valor da coisa, conferindo-se ao promitente-comprador o direito de retenção.

Este diploma suscitou uma grande controvérsia na doutrina e jurisprudência portuguesas.

Uma das questões que dividia a doutrina tinha que ver com o âmbito de aplicação do diploma. Nesta medida havia quem defendesse uma aplicação restrita do diploma, apenas aos contratos-promessa cujo contrato prometido tivesse por objecto edifícios. A questão colocou-se devido ao facto de os novos preceitos que alteravam o regime da resolução e que concediam o direito de retenção aos promitentes-compradores terem sido inseridos na disposição relativa ao regime geral do sinal para qualquer contrato de promessa, quando, por sua vez, a *ratio* do diploma tinha em vista os contratos promessa de compra e venda de prédios urbanos ou de fracções autónomas destinadas a habitação própria.<sup>60</sup>

No sentido de uma aplicação restritiva do novo regime do contrato-promessa, afirmava Menezes Cordeiro que “[a] nova versão do artigo 442.º apenas se aplica a contratos-promessa de celebração dos contratos dotados de eficácia real relativos a edifícios. E isso, em primeiro lugar, pela *ratio legis*, já explanada, que em nada deixa prever um semelhante alcance à reforma. Em segundo lugar, pelo paralelo com o artigo 410.º, n.º 3, e com os novos artigos 442.º, n.º 3, e 830.º, n.º 2, que expressamente, são restritivos, E, finalmente, pela natureza do regime (...).”<sup>61</sup> Neste sentido também se pronunciou Inocêncio Galvão Telles<sup>62</sup>.

Estes autores foram acompanhados por Vaz Serra: “(...) o intuito dessas modificações não é genérico, limitando-se a certos contratos-promessa: os contratos promessa de compra e venda de habitações próprias...”<sup>63</sup>

Em sentido contrário manifestaram-se Almeida Costa, Lobo Xavier<sup>64</sup>, Pires de Lima e Antunes Varela<sup>65</sup> considerando que o direito de retenção poderia ser atribuído no âmbito de

---

<sup>60</sup> LOYA E SAPUILE, *Prevalência do Direito de Retenção sobre a Hipoteca*, in *Garantias das Obrigações – Publicação dos Trabalhos de Mestrado*, Coord. Sinde Monteiro, Almedina, 2007, p. 120.

<sup>61</sup> MENEZES CORDEIRO, ob. cit., pp. 36-37.

<sup>62</sup> GALVÃO TELLES, *Direito das Obrigações*, 4.ª Edição, Coimbra, 1982, pp. 93 e 97.

<sup>63</sup> VAZ SERRA, *Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 29/4/1981* in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 115, pp. 202-211.

<sup>64</sup> Este autor defendia que os artigos 410.º, 442.º e 830.º do CC passaram a ter uma nova redacção com a aprovação do DL 236/80, e, assim sendo, as versões anteriores daqueles preceitos desapareceram do mundo dos “preceitos vigentes”, sendo de aplicação genérica as alterações introduzidas pelo referido diploma. LOBO XAVIER, “Contrato-promessa: algumas notas sobre as alterações do Código Civil constantes do Decreto-Lei n.º 236/80 de 18 de Julho” in *Revista de Direito e Estudos Sociais*, ano XXVII, 1980, n.os 1-4, Janeiro-Dezembro.

<sup>65</sup> “Inteiramente insustentável neste ponto é a tese sugerida por MENEZES CORDEIRO (...) de que a nova redacção dos artigos 442º e 830º apenas se aplicaria aos contratos-promessa de contratos onerosos com

qualquer contrato-promessa de compra e venda independentemente do objecto do respectivo contrato prometido.

Esta última posição foi a que veio a ser adoptada pelo DL 379/86<sup>66</sup> que veio rever o diploma anterior.

Para além da questão do âmbito de aplicação do diploma, pôs-se em causa a coerência sistemática e a confusão terminológica do mesmo.

Relativamente à questão de ordem sistemática foi apontado pela doutrina que a norma relativa à atribuição do direito de retenção deveria ter sido inserida na secção que se ocupa do regime daquele instituto (Livro II, Título I, Capítulo VI, Secção VII do Código Civil) e não numa disposição relativa ao sinal. Esta foi uma das críticas assinaladas por Calvão da Silva ao diploma<sup>67</sup>.

Por último, enquanto crítica relevante feita ao DL 236/80, cabe dar nota da imprecisão terminológica do diploma. Veio-se atribuir o direito de retenção sobre *a coisa objecto do contrato-promessa*, ora é sabido que o objecto do contrato de promessa é um facto: a declaração de vontade da celebração do contrato prometido. Assim, queria o legislador *confuso* significar o objecto do contrato prometido.<sup>68</sup>

Por forma a ultrapassar as questões suscitadas pelo DL 236/80 foi aprovado um novo diploma que, reconhecendo o resultado pouco feliz da redacção de alguns dos preceitos, se propôs rever o diploma anterior e eliminar certas dúvidas que o primitivo texto do Código Civil já suscitava.

Veio assim o novo diploma acolher as observações críticas da doutrina e jurisprudência e, no que toca ao direito de retenção do promitente comprador, inseri-lo na enumeração do artigo 755.º que trata dos casos especiais. Surge assim a alínea f) daquele preceito, não havendo

---

*eficácia real, relativos a edifícios existentes ou projectados (...).*” – PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, ob. cit., Vol. II, p. 110.

<sup>66</sup> Podia-se ler no preâmbulo daquele diploma: “O legislador de 1980, para o caso de tradição antecipada da coisa objecto do contrato definitivo, concedeu ao beneficiário da promessa o direito de retenção sobre a mesma, pelo crédito resultante do não cumprimento (artigo 442.º, n.º3). Pensou-se directamente no contrato-promessa de compra e venda de edifícios ou de fracções autónomas deles. Nenhum motivo justifica, todavia, que o instituto se confine a tão estreitos limites.” (sublinhados nossos)

<sup>67</sup> “(...) seria mais curial ter previsto o referido direito de retenção no capítulo das garantias especiais das obrigações (Cap. VI, título I, livro II), secção do direito de retenção (Secção VII), artigo 755.º (casos especiais), acrescentando uma nova alínea no mesmo preceito.” – CALVÃO DA SILVA, *Contrato-promessa. Análise para a reformulação do Decreto-Lei n.º 236/80*, Separata do Boletim do Ministério da Justiça, nº 349, 1985, p. 89.

<sup>68</sup> A este propósito vide: ANTUNES VARELA/PIRES DE LIMA, ob. cit., Vol. I, p. 420 – “(...) *Incorre-se, porém, em vários defeitos graves: (...) alude-se à tradição da coisa objecto do contrato-promessa, esquecendo-se que o objecto do contrato-promessa é um facto e que a coisa só pode constituir objecto do contrato prometido.*”

agora dúvidas quanto ao seu carácter geral. Aliás, no preâmbulo do diploma pode-se ler “*nenhum motivo justifica, todavia, que o instituto se confine a tão estreitos limites.*”

Este diploma vem reforçar o objectivo já traçado anteriormente pelo DL 236/80 de acautelar a posição do promitente-comprador, mas visto agora numa perspectiva de tutela do consumidor. O legislador justifica ainda a atribuição do direito de retenção apesar da falta de conexão objectiva que é requisito fundamental do artigo 754.º. É aqui consagrada a tese de Vaz Serra que entende que o direito de retenção tanto se pode fundar numa conexão material – derivada da incorporação de benefícios ou despesas na coisa ou de danos por ela causados – como numa conexão jurídica que resulta do facto de ambos os direitos de crédito se fundarem na mesma relação jurídica.

Estando consciente da enorme vantagem que está a conceder aos promitentes-compradores, nomeadamente quando em concurso com credores hipotecários, o legislador justifica a sua posição pela legítima expectativa e confiança justificada criada na esfera do promitente beneficiário da tradição da coisa. Posição esta que a boa fé impõe que lhe corresponda um acréscimo de segurança. *Neste conflito de interesses, afigura-se razoável atribuir prioridade à tutela dos particulares. Vem na lógica da defesa do consumidor.*<sup>69</sup> O legislador não olvidou, nem por qualquer forma quis negligenciar a posição dos credores hipotecários, entendeu apenas que estes *como profissionais, podem precaver-se, por exemplo, através de critérios ponderados de selectividade do crédito, mais facilmente do que o comum dos particulares a respeito das deficiências e da solvência das empresas construtoras.*<sup>70</sup>

Também este diploma mereceu severas críticas da doutrina que abordaremos mais à frente, depois de uma análise ao regime que veio estabelecer.

#### **b) O regime do art. 755.º, n.º 1 alínea f)**

Reza assim o artigo 755.º, n.º 1, alínea f): “gozam ainda do direito de retenção: o beneficiário da promessa de transmissão ou constituição de direito real que obteve a tradição da coisa a que se refere o contrato prometido, sobre essa coisa, pelo crédito resultante do não cumprimento imputável à outra parte, nos termos do artigo 442.º”.

Sabemos já as razões que levaram o legislador a estabelecer uma norma tão protectora dos promitentes compradores; cabe agora determinar o seu regime. Assim, procuraremos responder às seguintes questões:

---

<sup>69</sup> Preâmbulo do Decreto-lei 379/86 de 11 de Novembro.

<sup>70</sup> Preâmbulo do Decreto-lei 379/86 de 11 de Novembro.



- i. A tradição da coisa tem que ser material ou basta a tradição simbólica?
- ii. Que tipo de crédito está abrangido pelo preceito? Apenas o resultante da entrega do sinal?
- iii. O incumprimento imputável ao promitente-vendedor tem que ser definitivo ou basta a simples mora?

Quanto à primeira questão, à partida não parece ser um problema já que não fazendo o artigo 755.º, 1.º, f), qualquer distinção relativamente à forma de tradição, não haveria que questionar: quando a lei não distingue, não cabe ao intérprete distinguir. Contudo, a questão tem sido colocada pela doutrina. O que se pergunta é se se poderá retirar relevância à tradição simbólica da coisa para efeitos de atribuição do direito de retenção: apenas a entrega material da coisa objecto do contrato de promessa constituiria requisito para a atribuição da retenção.

Antes de tomar uma posição, cabe fazer um enquadramento da figura e conhecer as posições da doutrina.

A tradição vem referida no artigo 1263.º, alínea b), enquanto forma de aquisição da posse. Esta é composta por dois elementos: um negativo – um acto de cedência pelo anterior possuidor; e um positivo – um acto de recepção por parte do novo possuidor. A tradição pode ser material – situação em que há uma actividade exterior que se traduz nos actos de entregar e receber<sup>71</sup> - ou simbólica – situação em que a transmissão da posse se dá sem que haja contacto material directo com a coisa. De acordo com a tradição romana, distinguem-se três tipos de tradição simbólica: a *traditio longa manu*, a *traditio ficta*, e a *traditio brevi manu*. Pela primeira, a transmissão opera à distância por simples acordo entre as partes e sem contacto com a coisa. Pela *traditio ficta*, o acordo translativo opera pela entrega de um objecto representativo da coisa (exemplos típicos: entrega das chaves de um imóvel, ou entrega dos documentos de um veículo). Por fim, na *traditio brevi manu*, as partes, por acordo, transformam a detenção em posse, isto é, no mundo dos factos tudo se mantém: o detentor que tinha o controlo material da coisa continua a tê-lo, simplesmente, por acordo com o antigo possuidor, passa a ter a posse.<sup>72</sup>

Face a este enquadramento, a doutrina, tendo em conta que a tradição é um requisito fundamental para a atribuição do direito de retenção ao promitente-comprador, tem vindo a questionar-se sobre se a *traditio* exigida pela alínea f) do art. 755.º, n.º 1, abrange todas as

---

<sup>71</sup> MENEZES CORDEIRO, *A posse...* ob. cit., p. 107.

<sup>72</sup> MENEZES LEITÃO, ob. cit., pp. 133-134.

modalidades *supra* referidas ou apenas a *traditio* material. A questão coloca-se numa perspectiva de protecção dos credores que se encontram em concurso com eventuais promitentes-compradores retentores. Uma vez que o direito de retenção não está sujeito a registo, a única publicidade que lhe possa ser dada advém dos actos materiais de apreensão da coisa. Ora, tais actos são apenas evidenciados quando a tradição seja material e implique um controlo fáctico do novo possuidor sobre a coisa. Pelo que, dada a natureza gravosa do regime do direito de retenção face a terceiros, grande parte da doutrina tem defendido uma interpretação restritiva da norma.

Assim, no sentido de uma interpretação restritiva, é possível argumentar que a tutela do promitente-comprador repousa na publicidade resultante da prática efectiva de actos materiais correspondentes ao exercício do direito de propriedade<sup>73</sup>, e, nessa medida, os demais credores (especialmente credores hipotecários) ficam também mais bem tutelados pela publicidade – inerente à prática de tais actos materiais – da tradição. Assim, veja-se Lebre de Freitas sopesando as vantagens de uma interpretação restritiva: *“Quanto ao regime de prevalência do direito de retenção sobre os direitos de hipoteca de constituição anterior, não impede a vantagem que resultará da exigência da criação de alguma aparência material que possa levar a acautelar-se o eventual credor hipotecário posterior, assim diminuindo o prejuízo que o direito de retenção não deixa, pelo seu regime, de causar a terceiros credores.”*<sup>74</sup> No mesmo sentido se dirá que também para a atribuição das outras modalidades de direito de retenção é necessária a detenção ou posse material da coisa. Por outro lado, contra uma interpretação ampla da norma, dir-se-á que a aceitação da tradição simbólica para efeitos da atribuição do direito de retenção poderá gerar situações menos claras, levando à criação de conflitos entre penhor e direito de retenção. Assim, quando se trate da tradição de coisas móveis que, aquando a tradição, estejam na posse do credor pignoratício ou, situações em que se tenha constituído o direito de retenção com base em tradição simbólica e, não havendo a posterior apreensão material da coisa, é constituído um penhor a favor de alguém que confiou na aparência de posse, mantida após o contrato-promessa. Estas situações não foram acauteladas pela lei, não havendo norma idêntica ao artigo 759.º, n.º 2 para estabelecer a ordem de graduação do titular do direito de retenção em face do credor pignoratício<sup>75</sup>.

No sentido de uma interpretação ampla/literal do preceito dir-se-á que a lei não distingue entre as duas formas de tradição e onde a lei não distingue não cabe ao intérprete distinguir.

---

<sup>73</sup> LEBRE DE FREITAS, *Sobre a prevalência, no apenso de reclamação de créditos, do direito de retenção reconhecido por sentença*, in Revista da Ordem dos Advogados, Ano 66 – Vol. II – Set. 2006, p. 5.

<sup>74</sup> *Idem*.

<sup>75</sup> LEBRE DE FREITAS, ob. cit., p. 5.

Por outro lado, a mera entrega de um objecto que possibilite a tomada de posse material da coisa (por exemplo, a entrega das chaves da porta do imóvel objecto do contrato-promessa) constitui já um reforço da expectativa do promitente comprador que justifica uma maior tutela da sua posição. Ainda neste sentido, Lebre de Freitas faz uma análise literal do artigo 755.º notando que, se o legislador optou por utilizar o termo “entrega” para as outras modalidades específicas do direito de retenção, tendo apenas utilizado o termo “tradição” para a situação do promitente-comprador, talvez queira significar que *se quis para o caso aí previsto um âmbito de previsão mais amplo do que o das restantes alíneas*<sup>76</sup>.

Tomando uma posição relativamente a esta discussão, parece-me que os argumentos esgrimidos no sentido de uma interpretação ampla do preceito não são suficientemente fortes, tendo em conta que o regime do artigo 755.º, n.º1, alínea f) concede já uma elevada protecção ao promitente comprador. Faz assim sentido que se equilibre a relação dos promitentes-compradores retentores face aos restantes credores. Parece-me pois razoável que se adopte uma interpretação restritiva do conceito tradição, limitando-o à tradição material da coisa, assegurando uma maior publicidade. Assim, a tradição simbólica da coisa não será suficiente para a atribuição do direito de retenção. Esta parece-me ser a solução mais coerente e equilibrada ainda que implique fazer distinções onde a lei não as faz. Contudo, se quisermos presumir que o legislador consagrou as soluções mais acertadas (artigo. 9.º CC) não poderemos deixar de tomar esta posição.

A segunda questão colocada tem que ver com os créditos garantidos pelo direito de retenção nos termos do artigo 755.º, n.º1, alínea f). A propósito da menção feita, naquele preceito, ao artigo 442.º, a doutrina tem discutido se o direito de retenção garante apenas os créditos *indemnizatórios* resultantes do não cumprimento imputável ao promitente vendedor ou se poderá abranger também outros créditos, *maxime*, o crédito resultante do direito à execução específica.

MENEZES CORDEIRO, defende que na expressão “crédito resultante do incumprimento pelo promitente-vendedor” se deve abarcar não apenas o crédito indemnizatório mas também o crédito resultante do direito à execução específica<sup>77</sup>.

Também neste sentido se pronunciou J. L. Soares<sup>78</sup>. Para este autor, os créditos assegurados pelo artigo 755.º, n.º1, alínea f), abarcam a restituição do sinal em dobro, o valor da coisa

---

<sup>76</sup> *Idem.*

<sup>77</sup> MENEZES CORDEIRO, O novo regime... ob. cit., p. 41.

determinado objectivamente à data do não cumprimento da promessa, com dedução do preço convencionado, o crédito à execução específica, e “*dentro dos limites da lei, todos os créditos do promitente-comprador, resultantes directamente do incumprimento do promitente-vendedor(...).*” CLÁUDIA MADALENO aderiu também a esta posição, argumentando que, se a lei não faz qualquer distinção, o direito de retenção poderá ser exercido para garantia de qualquer crédito que derive do incumprimento por parte do promitente-vendedor<sup>79</sup>.

No sentido da não admissão da garantia do direito à execução específica pelo direito de retenção, pronunciaram-se Ana Prata<sup>80</sup>, Antunes Varela e Menezes Leitão. Para estes autores, o direito de execução específica existe antes e independentemente do direito de retenção, não podendo por ele ser garantido; por outro lado, sustentam que a execução específica do contrato funciona como meio alternativo à situação que leva ao exercício do direito de retenção e, assim sendo, se o promitente-comprador optar pela via da execução específica não poderá exercer o direito de retenção. Consideram ainda estes autores que o direito de retenção só pode ser exercido havendo incumprimento definitivo, o que desde logo preclui a possibilidade de exercício daquele direito para fazer valer o crédito resultante da execução específica.

A posição de MENEZES LEITÃO distingue-se um pouco da daqueles dois primeiros autores, por ser ainda mais restritiva. Não há qualquer dúvida de que MENEZES LEITÃO não aceita que o direito de crédito resultante do direito à execução específica não seja assegurado pela retenção, mas o autor vai mais longe, defendendo que o único crédito abrangido pelo artigo 755.º, n.º 1, alínea f), é o crédito resultante do aumento do valor da coisa ou do direito. O autor entende que “não se verifica uma conexão efectiva entre a convenção de sinal e a coisa objecto do direito de retenção” e, assim sendo, não existe justificação para que o credor exerça a retenção em relação a esse crédito. O único crédito que está de alguma forma conexionado com a coisa retida é o crédito resultante do aumento do valor da coisa ou do direito e, assim, conclui o autor, é este o único crédito garantido nos termos do artigo 755.º, n.º1, alínea f).

---

<sup>78</sup> LOURENÇO SOARES, *O direito de retenção "maxime" no contrato-promessa de compra e venda: aspectos substantivos e processuais*, Tese de mestrado em Ciências Jurídicas, apresentada à Universidade de Lisboa através da Faculdade de Direito, 1987, pp. 175-187.

<sup>79</sup> CLÁUDIA MADALENO, ob. cit., p. 165 – “(...) *afigura-se que a lei não faz qualquer distinção, limitando-se a referir genericamente que a retenção é exercida em garantia do crédito resultante do não cumprimento imputável à outra parte, nos termos do artigo 442.º. Assim, sustentamos que a retenção poderá ser exercida para garantia de qualquer direito de crédito que possa derivar deste incumprimento (...).*”

<sup>80</sup> ANA PRATA, *O contrato-promessa e o seu regime civil*, Almedina, 2001, p. 861, nota 1992.

Quanto a mim, parece-me que a razão está com os defensores da primeira posição aqui exposta. As razões que me levam a aderir a tal posição são as seguintes: tal como defendi acima, não me parece que o direito de retenção apenas possa ser exercido em situação de incumprimento definitivo, de tal forma que, mesmo nas situações em que o promitente-comprador queira executar o contrato promessa, a retenção pode ser exercida como forma de pressão sobre o promitente vendedor<sup>81</sup>; por outro lado, é correcto e válido o argumento esgrimido por CLÁUDIA MADALENO – de facto a lei não faz qualquer distinção, não nos cabendo a nós fazê-la; por fim parece-me excessiva a posição de MENEZES LEITÃO, no meu entendimento qualquer crédito que derive do não cumprimento imputável ao promitente-comprador está ainda conexaso com a coisa, visto ser esta objecto do contrato prometido.

A terceira e última questão colocada prende-se com o incumprimento imputável ao promitente-vendedor, incumprimento este que constitui requisito para o funcionamento do direito de retenção. A questão está directamente relacionada com outra já abordada acima que é a do *nascimento* do direito de retenção.

Tal como já referido acima, para certos autores, só é possível exercer o direito de retenção perante o incumprimento definitivo do promitente vendedor. Para outros, a mora é suficiente para que o devedor possa invocar a retenção.

Primeiramente cabe traçar a distinção entre incumprimento definitivo e a simples mora. O não cumprimento definitivo constitui a impossibilidade de satisfação da prestação imputável ao devedor (artigo 801.º, n.º 1 CC). Perante o incumprimento definitivo, a lei permite ao credor resolver o contrato e exigir a restituição da contraprestação por si já efectuada. Já a mora devedora constitui a situação em que se coloca o devedor pelo atraso culposo no cumprimento (art. 804.º, n.º 2 CC). Nesta situação não é possível ao credor resolver o contrato, contudo poderá exigir uma indemnização pelos prejuízos causados pelo atraso.

CALVÃO DA SILVA, baseando a sua argumentação na função garantística da retenção, pronunciou-se no sentido de não admitir o exercício do direito de retenção em momento anterior ao do incumprimento definitivo: “(...) o direito de retenção existe para garantia do crédito resultante do não cumprimento imputável à parte que promete transmitir ou constituir

---

<sup>81</sup> Vide LOURENÇO SOARES, ob. cit., p. 181: “ Se pensarmos no direito de retenção como estrita garantia real com efeitos meramente semelhantes aos do penhor ou da hipoteca e ainda que ele só opera perante o incumprimento (definitivo) do promitente-vendedor, então somos levados a sustentar que os créditos que ele garante têm de ter a natureza de indemnizar (sinal em dobro, valor da coisa ou outro) afastando a possibilidade de assegurar também “o crédito à conclusão do contrato prometido”. (...) Não se nos afigura que esta seja a boa doutrina.”

um direito real. Vale dizer, por outras palavras, que está em causa o crédito (...) derivado do incumprimento definitivo.”<sup>82</sup>

Por outro lado, argumenta SÉRGIO CASTANHEIRA<sup>83</sup> que na situação de mora ainda não há obrigação de entrega da coisa, essa obrigação resulta apenas da resolução do contrato determinada pelo incumprimento definitivo. Assim, uma vez que o direito de retenção, no entendimento deste autor, só existe quando exista uma obrigação de entrega da coisa que se pretende reter, no caso de atraso no cumprimento não seria possível exercer o direito de retenção.

No sentido de que basta a simples mora para o exercício do direito de retenção, pronunciou-se CLÁUDIA MADALENO<sup>84</sup>.

Já expusemos acima a nossa opinião a propósito do regime geral do direito de retenção. Dissemos que o direito de retenção apenas se torna eficaz quando haja uma situação de incumprimento *lato sensu* imputável à contraparte, não sendo exigível o não cumprimento definitivo. Relativamente à situação particular do artigo 755.º, n.º 1, alínea f), a letra da lei parece ir exactamente ao encontro da posição que adoptámos. Parece-me indiscutível, face à letra da lei, que a atribuição do direito de retenção depende, de facto, do não cumprimento. Contudo este não cumprimento não é qualificado como definitivo. Mais uma vez, também aqui, cabe subscrever o argumento apresentado por CLÁUDIA MADALENO no sentido de que uma interpretação restritiva do artigo 755.º, n.º1, alínea f) mal se coadunaria com o disposto no artigo 757.º, n.º1. Se o legislador entende que o direito de retenção pode ser exercido mesmo antes da data do vencimento do crédito, que sentido faria exigir o incumprimento definitivo como requisito para o seu funcionamento?

Uma tomada de posição no sentido de admitir o exercício do direito de retenção em momento anterior ao incumprimento definitivo não implica que se entenda que também os restantes *remédios* conferidos ao promitente-comprador, particularmente, os estabelecidos no artigo 442.º, n.º 2 do CC, funcionam com a simples mora. Isto é, admite-se o funcionamento do direito de retenção em momento anterior ao do incumprimento definitivo, não porque se queira garantir um crédito, *maxime*, um dos créditos atribuídos pelo art. 442.º, n.º 2, mas porque se reconhece na retenção uma função compulsória. Função essa cuja única utilidade

---

<sup>82</sup> CALVÃO DA SILVA, *Sinal e Contrato-Promessa*, 8.ª Edição Revista e Aumentada, Almedina, 2001, p. 164.

<sup>83</sup> SÉRGIO CASTANHEIRA, *Direito de retenção do promitente-adquirente. O beneficiário da promessa de transmissão de um direito real de habitação periódica*, Garantias das Obrigações – Publicação dos Trabalhos de Mestrado, Coord. Sinde Monteiro, Almedina, 2007, p. 506.

<sup>84</sup> CLÁUDIA MADALENO, *ob. cit.*, p. 108.

está no momento anterior ao incumprimento definitivo, já que o seu propósito é permitir ao retentor pressionar o devedor a cumprir. Ora, com o incumprimento definitivo já não se coloca a hipótese de vir a celebrar o contrato prometido – trata-se apenas de tutelar a posição do promitente comprador. Quanto ao argumento de que na fase de mora do devedor não existe obrigação de entrega da coisa, diremos que não nos parece que a existência dessa obrigação seja decisiva para a atribuição da retenção. Em nossa opinião, um tal entendimento colide também com a função compulsória do direito de retenção.

**c) A aplicação do artigo 759.º, n.º 2 ao promitente-comprador que obteve a tradição da coisa vs. princípio *par conditio creditorum* e princípio da prioridade do registo**

O artigo 759.º do Código Civil vem estabelecer a posição dos credores titulares do direito de retenção em face dos demais credores que com aquele estejam em concurso.

Nos termos do número 1 do referido artigo, o retentor tem a faculdade de “*ser pago com preferência aos demais credores*” e, acrescenta o número 2, “*prevalece neste caso sobre a hipoteca, ainda que esta tenha sido registada anteriormente*”.

Este artigo constitui uma regra geral do direito de retenção, não se aplicando exclusivamente a alguma das modalidades do direito de retenção em especial. Contudo, a análise que aqui faremos do seu regime será apenas na perspectiva da sua aplicação em articulação com o artigo 755.º, n.º 1, alínea f), isto é, na perspectiva da sua aplicação ao promitente-comprador.

O artigo 759.º constitui uma exceção a dois princípios gerais do ordenamento português: o princípio da igualdade entre credores (*par conditio creditorum*) e o princípio da prioridade do registo.

O princípio da igualdade entre credores está consagrado no artigo 604.º, n.º 1 do Código Civil que estabelece que, face ao património do devedor, os seus credores encontram-se em posição de igualdade. Assim, caso o património do devedor seja insuficiente para satisfazer integralmente todos os débitos, “os credores têm o direito de ser pagos proporcionalmente pelo preço dos bens do devedor”, ou seja, é feito um rateio entre os credores. Esta é a regra geral. A lei admite, porém, exceções – as *causas legítimas de preferência* – estas permitem, aos credores que delas gozem, serem pagos antes dos demais. O direito de retenção é qualificado pela lei como uma causa legítima de preferência (art. 604.º, n.º 2), daí que se possa afirmar que o art. 759.º - ao prever que o retentor possa ser pago com preferência aos demais credores – seja uma exceção ao princípio *par conditio creditorum*.

No artigo 686.º, n.º 1 do CC, a lei previu uma hierarquia na graduação de créditos, entre as diversas causas legítimas de preferência, tendo colocado à frente do credor hipotecário apenas aqueles que gozem de privilégio especial ou aqueles que tenham registado o seu direito anteriormente. Por outro lado, a norma do artigo 759.º, n.º 2, estabelece hierarquia entre credores da seguinte forma: “*na presença de um concurso sobre a mesma coisa imóvel, na ordem de preferência em vista à graduação dos créditos, ter-se-á, o privilégio imobiliário especial, o direito de retenção, e a hipoteca, respectivamente.*”<sup>85</sup> Algumas vozes da doutrina vêm alguma dificuldade na conjugação destes dois artigos na medida em que, no seu entender, existe uma contradição entre aquela norma e esta<sup>86</sup>. Nesse sentido se manifestou PEREIRA DE ABREU. O autor entende que na expressão “privilégio especial” presente no n.º 1 do artigo 686.º apenas se podem abarcar os privilégios creditórios imobiliários, *sempre especiais, na sua própria expressão (n.º 3 do artigo 735.º)*<sup>87</sup>. Assim, no entendimento do autor, o artigo 686.º, n.º 1 constitui a regra geral que o art. 759.º, n.º 2, vem excepcionar. Nos termos daquela norma, o credor hipotecário prefere sobre os demais credores que não gozem de privilégio imobiliário e, nessa medida, prefere sobre os credores retentores; contudo, o art. 759.º, n.º 2, contém uma excepção a tal regime, conferindo preferência aos credores titulares de direito de retenção sempre que estes tomem a iniciativa de executar judicialmente o imóvel retido.

Não partilhamos a visão deste autor. Do nosso ponto de vista, não existe contradição entre as normas dos artigos 686.º, n.º 1, e 759.º, n.º 2. Nos dois preceitos a hierarquia estabelecida é a mesma e advém do tipo de direito em causa, isto é, o critério utilizado não é o da ordem temporal de constituição. De facto, a expressão “privilégio especial”, a que se reporta o n.º 1 do artigo 686.º, abrange qualquer garantia especial que, nos termos da lei, possua preferência relativamente à hipoteca. Este entendimento é confirmado pelo disposto no artigo 604.º, n.º 2 do CC, que qualifica o direito de retenção como causa legítima de preferência<sup>88</sup>.

Havendo mais do que um credor titular de uma *causa legítima de preferência*, a sua graduação é feita tendo em conta a prioridade do registo – *prior in tempore potior in iure*. O princípio da prioridade vem estabelecido no artigo 6.º do Código do Registo Predial e está directamente relacionado com o princípio da publicidade dos direitos reais. No âmbito dos

---

<sup>85</sup> LOYA E SAPUILE, ob. cit., p. 113.

<sup>86</sup> Vide LOYA E SAPUILE, ob. cit., p. 113 – “*O legislador, na parte final daquele artigo, se tivesse exposto a sua vontade redigindo-a nos termos: «que não gozem de privilégio especial, direito de retenção ou de prioridade no tempo», certamente teria tornado simples a interpretação daquela disposição.*” e PEREIRA DE ABREU, O direito de retenção... ob. cit., pp. 37 e 38.

<sup>87</sup> PEREIRA DE ABREU, O direito de retenção... ob. cit., p. 38.

<sup>88</sup> Vide CLAUDIA MADALENO, ob. cit., p. 208.



direitos reais, a publicidade é exigida para conferir segurança e certeza ao tráfico jurídico e determina que as situações jurídicas das coisas sejam dadas a conhecer ao público em geral<sup>89</sup>. A publicidade dos direitos reais é assegurada por três meios: (i) através dos formalismos negociais (por exemplo, a escritura pública), (ii) da posse – “*o possuidor goza mesmo da presunção da titularidade do direito, circunstância que permite que a posse ofereça uma razoável confiança a terceiros (...)*”<sup>90</sup>, e (iii) do registo predial. Este último meio é aquele que confere mais segurança ao tráfico jurídico uma vez que permite dar conhecimento ao público em geral de situações jurídicas que de outra forma seriam de difícil conhecimento (exemplo: hipoteca).

Havendo lugar a registo por forma a publicitar a situação jurídica, *o direito inscrito em primeiro lugar prevalece sobre os que se lhe seguirem relativamente aos mesmos bens, por ordem de data dos registos e, dentro da mesma data, pela ordem temporal das apresentações correspondentes*, isto é, a prevalência agora não é determinada pela espécie de garantia que está em causa. A prevalência é apenas e só determinada pela ordem temporal do registo.

O direito de retenção não está sujeito a registo, estando a sua publicidade dependente apenas da apreensão material da coisa por parte do retentor.

**d) A alegada inconstitucionalidade resultante da articulação da norma do art. 755.º, n.º 1, alínea f) com o artigo 759.º, n.º 2.**

De facto, tal como acabámos de ver acima, o artigo 759.º, n.º 2 estabelece uma regra excepcional em matéria de concurso de credores, afastando-se das regras gerais, designadamente, do princípio da *par conditio creditorum* e do princípio da prioridade do registo.

Quando conjugada com o artigo 755.º, n.º 1, alínea f), aquela norma suscita grandes críticas na doutrina, críticas essas que analisaremos mais à frente. Por ora, diremos apenas que aquelas críticas surgem, em suma, pelo facto de a doutrina, em geral, entender que a prevalência do direito de retenção sobre a hipoteca nas situações consagradas no artigo 755.º, n.º 1, alínea f) não é justificada e, como tal, da conjugação das referidas normas retira-se um favorecimento *arbitrário e injustificado* do credor titular do direito de retenção face ao credor hipotecário.

Com base numa tal apreciação do regime ora em análise, várias têm sido as orientações que propugnam pela inconstitucionalidade do regime que se retira da conjugação do artigo 755.º,

---

<sup>89</sup> SANTOS JUSTO, *Direitos Reais*, Coimbra Editora, p. 41.

<sup>90</sup> *Idem*, p. 41-42.

alínea f), com o artigo 759.º, n.º 2. Neste sentido se pronunciou GABRIEL ÓRFÃO GONÇALVES relativamente à prevalência do direito de retenção sobre a hipoteca no caso do promitente-comprador de imóvel que obteve a tradição da coisa: *“não pode deixar de ser inconstitucional, quer por violação do mínimo de segurança exigível num Estado de Direito, quer pela violação do direito de propriedade (lato sensu) também constitucionalmente protegido.”*<sup>91</sup>

Igualmente, CLÁUDIA MADALENO, após uma cuidada análise jurisprudencial sobre a matéria e ao regime de restrição de direitos presente no artigo 18.º da Constituição da República Portuguesa, acaba por concluir pela inconstitucionalidade material: *“(…) persistimos em considerar que a aplicação do artigo 759.º, n.º 2, do CC ao caso especial do direito de retenção, de modo a fazer prevalecer este direito sobre a hipoteca anteriormente registada consubstancia, efectivamente, uma situação de inconstitucionalidade material, desde logo por violação dos Princípios da igualdade, da proporcionalidade e da confiança (…).*”<sup>92</sup>

Criticando a posição do Tribunal Constitucional quanto a esta matéria, ISABEL MENÉRES CAMPOS, embora não o diga expressamente, parece defender também a inconstitucionalidade material deste regime<sup>93</sup>.

Também MENEZES CORDEIRO se pronunciou no sentido da inconstitucionalidade do regime ora em análise: para o autor, o regime estabelecido no artigo 755.º, n.º1, alínea f), aprovado pelo Decreto-Lei 379/86 *“não pode comportar interpretações contrárias à Constituição ou não conformes com ela. Por isso, na parte em que ele estenda o regime da retenção prevalente sobre a hipoteca a todos os contratos-promessas, ele não pode ser aplicado perante hipotecas a todos os contratos-promessas, ele não pode ser aplicado perante hipotecas constituídas antes de 16 de Novembro de 1986.”*<sup>94</sup>

Vários foram os acórdãos do Tribunal Constitucional que se debruçaram sobre a questão da inconstitucionalidade material do regime que ora analisamos (cfr. Acórdão n.º 594/03 de 3 de Dezembro de 2003, proc. n.º 745/00; Acórdão n.º 22/04 de 14 de Janeiro de 2004, proc. n.º 224/03; Acórdão n.º 356/04 de 19 de Maio de 2004, proc. n.º 606/2003; Acórdão n.º

---

<sup>91</sup> GABRIEL GONÇALVES, *Temas da acção executiva*, in Separata da Themis - Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Ano 5 - n.º 9, 2004, p. 279.

<sup>92</sup> CLÁUDIA MADALENO, ob. cit., p. 237.

<sup>93</sup> MENÉRES CAMPOS, *Duas questões sobre a efectividade prática da hipoteca: a caducidade do arrendamento com a venda judicial e o conflito do direito do credor hipotecário com o direito de retenção*, in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel Henrique Mesquita, Vol. I, pp. 329 e 330.

<sup>94</sup> MENEZES CORDEIRO, *O Novíssimo regime do contrato-promessa*, in Colectânea de Jurisprudência, ano XII, Vol. 2, 1987, p. 16.

466/2004 e 23 de Junho de 2004, proc. n.º 801/02<sup>95</sup>). A conclusão a que chegou aquele Tribunal foi, porém, sempre a mesma: a não inconstitucionalidade do regime em análise.

Em todos os acórdãos analisados entendeu o Tribunal não haver desrespeito pelos princípios da confiança e segurança jurídica e da proporcionalidade. Entre outros, o Tribunal apresenta os seguintes argumentos para fundamentar a sua posição:

- i. Necessidade de proteger o promitente-comprador como parte mais débil do contrato e de reequilibrar uma situação desigual. (Cfr. Acórdão 594/03 de 3 de Dezembro de 2003 Proc. 745/00<sup>96</sup> e Acórdão n.º 356/04 de 19 de Maio de 2004 Proc. n.º 606/2003);
- ii. “(...) [T]utela (...) das expectativas de estabilização do negócio (muitas vezes incidente sobre a aquisição de habitação própria permanente) decorrentes da circunstância de ter havido tradição da coisa (...)” (Cfr. Acórdão n.º 356/04 de 19 de Maio de 2004 Proc. n.º 606/2003);
- iii. Falta de imprevisibilidade da solução consagrada no artigo 755.º, n.º 1, alínea f), uma vez que “a atribuição do direito de retenção ao promitente-comprador que tivesse obtido a tradição da coisa objecto do contrato prometido foi aprovada e estava em vigor há muito tempo: como se viu, o regime legal em questão existia desde 1980, tendo sido reafirmado em 1986, através de mera alteração na inserção sistemática da norma (que passou do artigo 442º, n.º 3, do Código Civil para o artigo 755º, n.º 1, alínea f), do mesmo Código).” (Cfr. Acórdão 594/03 de 3 de Dezembro de 2003 Proc. 745/00)
- iv. Risco assumido pelas instituições de crédito relativamente ao não cumprimento pelo mutuante do contrato-promessa. “ (...) [A] recorrente, ao conceder o empréstimo à executada, embora descontando-se nas hipotecas registadas, primeiro provisoriamente e depois definitivamente, assumiu o risco da executada não cumprir o contrato de promessa com o terceiro promitente-comprador de uma das fracções anteriormente hipotecadas.” (Cfr. Acórdão n.º 466/2004 de 23 de Junho de 2004 Proc. n.º 801/02);

---

<sup>95</sup> Todos disponíveis em [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt).

<sup>96</sup> Disponível em [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt).

- v. A disparidade da situação económica da entidade bancária face à situação do promitente-comprador justifica a prevalência da posição deste face à daquela – foi essa a intenção do legislador.

Antes de passar à apreciação crítica da posição do Tribunal Constitucional e tomada de posição quanto a esta questão cumpre esclarecer que a análise que aqui levamos a cabo tem apenas que ver com a inconstitucionalidade material do regime. A propósito desta questão foi também suscitada, no Tribunal Constitucional, a inconstitucionalidade orgânica dos Decretos-Lei 236/80 e 379/86, contudo não analisaremos tal questão, uma vez que se encontra fora do escopo do nosso trabalho.

Salvo o devido respeito, não concordamos inteiramente com as conclusões a que o Tribunal Constitucional chega nos acórdãos que analisámos. Além do que, parece-nos que os referidos acórdãos pecam por incompletude da sua fundamentação.

A maioria das vezes o Tribunal limitou-se a repetir os argumentos já presentes no preâmbulo dos Decretos-Lei 236/80 e 379/86, não fazendo uma análise cuidada dos princípios invocados. Por outro lado, no único acórdão (acórdão n.º 594/03) em que o Tribunal fez uma análise de tais princípios, citando a doutrina de GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, não deu o passo seguinte, isto é, não aplicou tais princípios ao caso concreto por forma a chegar à sua conclusão.

É essa análise que pretendemos fazer para podermos uma tomar posição sobre esta matéria.

Começamos então pela análise dos princípios da segurança jurídica e da protecção da confiança dos cidadãos. Estes dois princípios estão estreitamente conexioneados, havendo quem considere que a protecção da confiança é um subprincípio ou uma dimensão específica do princípio da segurança jurídica<sup>97</sup>. A segurança jurídica apresenta uma dimensão mais objectiva, relacionando-se com a garantia da estabilidade jurídica, segurança de orientação e a realização do direito. Por outro lado, a protecção da confiança relaciona-se mais com os elementos subjectivos da ordem jurídica, nomeadamente, *a calculabilidade e a previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos actos dos poderes*

---

<sup>97</sup> Vide GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª Edição, Almedina, 2003, p. 257.

*públicos*<sup>98</sup>. O princípio da segurança jurídica consagra o direito dos cidadãos a confiarem em que *aos seus actos ou às decisões públicas incidentes sobre os seus direitos, posições ou relações jurídicas (...) se ligam os efeitos jurídicos previstos e prescritos no ordenamento jurídico*<sup>99</sup>. Assim, quando relacionado com os actos normativos, o princípio da segurança jurídica impõe que os actos normativos sejam (i) precisos e determináveis, no sentido de linguisticamente claros, compreensíveis, não contraditórios e suficientemente densos, (ii) que não produzam efeitos jurídicos em momento anterior à sua entrada em vigor, e (iii) que não produzam efeitos retroactivamente.

Podemos, então, afirmar que o regime decorrente da conjugação das normas dos artigos 755.º, n.º 1, alínea f), e 759.º, n.º 2, desrespeita de alguma forma o princípio da segurança jurídica?

Parece-me que não. O regime dali decorrente é claro e respeita o princípio da precisão ou determinabilidade – as normas são claras, compreensíveis e não contraditórias. Daquele regime não se retira uma produção de efeitos retroactiva, nem sequer está em causa a produção de efeitos antes da entrada em vigor da norma. Assim entendemos não haver qualquer violação da segurança jurídica nos termos constitucionalmente consagrados.

Quanto ao princípio da confiança jurídica, ligado à previsibilidade e calculabilidade dos efeitos jurídicos decorrentes das normas, também não se pode dizer que este seja desrespeitado pelo regime em causa. De facto, o desconhecimento da lei não aproveita a ninguém. Este regime entrou em vigor com o Decreto-lei 236/80, ainda que em moldes diferentes dos que hoje conhecemos, é um regime do conhecimento geral. E os efeitos jurídicos que ele produz não são desconhecidos. Desta forma, não se pode dizer que este regime fira a confiança jurídica dos cidadãos.

Concluimos assim que, a nosso ver, não foram desrespeitados os princípios da segurança jurídica e da protecção da confiança. Não havendo qualquer inconstitucionalidade material por desrespeito daqueles princípios.

Passamos, agora, à análise do princípio da proporcionalidade ou proibição do excesso. Este princípio está consagrado na Constituição da República Portuguesa (CRP em diante) nos artigos 18.º, n.º 2, 19.º, n.º 4, 265.º e 266.º, n.º 2, e divide-se em três subprincípios: o princípio da conformidade ou adequação de meios, o princípio da exigibilidade ou necessidade, e o princípio da proporcionalidade em sentido restrito.

---

<sup>98</sup> *Idem.*

<sup>99</sup> *Idem.*

O primeiro dos subprincípios enunciados exige que a medida a adoptar seja adequada ao fim a que se propõe, isto é, tal medida tem que ser *apt[a] para e conforme os fins justificativos da sua adopção*<sup>100</sup>. Assim, tem que haver uma adequação da medida ao fim, para que esta seja apropriada a atingir o objectivo/finalidade proposta pelo legislador.

Quanto ao segundo subprincípio, o princípio da exigibilidade, este impõe que a solução a que se chegue se traduza naquela que menor desvantagem traz para o cidadão. Nessa medida, impõe-se que não haja, para além daquele que se escolheu, nenhum meio menos oneroso de chegar ao fim pretendido. “*O princípio da exigibilidade não põe em crise, na maior parte dos casos, a adopção da medida (necessidade absoluta) mas sim a necessidade relativa, ou seja, se o legislador poderia ter adoptado outro meio igualmente eficaz e menos desvantajoso para os cidadãos.*”<sup>101</sup>

Por fim, o terceiro e último subprincípio impõe um juízo de ponderação entre os meios e o fim com o intuito de se avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim. Deve ponderar-se se as desvantagens trazidas pelos meios empregues são proporcionais ao resultado obtido: “*pesar as desvantagens dos meios em relação às vantagens do fim*”<sup>102</sup>.

O princípio da proporcionalidade, nestas três dimensões, vincula tanto o legislador, como a administração e a jurisdição. Contudo, ao legislador é dada alguma *liberdade de conformação*, no sentido em que lhe é dado algum espaço para a ponderação dos bens que pretende salvaguardar quando regula determinada matéria. Essa liberdade de conformação tem particular relevância na ponderação dos requisitos da adequação dos meios e da proporcionalidade em sentido estrito<sup>103</sup>.

Dito isto, cabe averiguar se a norma do artigo 755.º, n.º 1, alínea f), quando conjugada com o artigo 759.º, n.º 2, e interpretada no sentido de dar prevalência ao promitente-comprador de contrato promessa de transmissão ou constituição de direito real que obteve a tradição da coisa a que se refere o contrato prometido, face ao credor com garantia hipotecária registada em data anterior ao direito de retenção daquele, está conforme ao princípio da proporcionalidade nos termos acima descritos. Vejamos.

A prevalência do direito de retenção previsto no artigo 755.º, n.º 1, alínea f), sobre a hipoteca com registo anterior, constitui uma medida legislativa *apta/adequada/apropriada* a prosseguir o fim proposto pelo legislador?

---

<sup>100</sup> GOMES CANOTILHO, ob. cit., pp. 269 e 270.

<sup>101</sup> GOMES CANOTILHO, ob. cit., p. 270.

<sup>102</sup> *Idem.*

<sup>103</sup> *Idem*, p. 272.

Para responder a esta pergunta teremos que averiguar qual o *fim* que o legislador visava prosseguir com a aprovação de um tal regime.

Vimos acima, a propósito a evolução histórica do regime, que numa primeira fase – com a aprovação do Decreto-Lei n.º 236/80 de 18 de Julho – a intenção do legislador, exposta no preâmbulo do diploma, era acautelar os promitentes-compradores de edifícios ou fracções autónomas destinados a habitação própria face a uma conjuntura económico-financeira de grande instabilidade. Nesta conjuntura os promitentes-compradores “(...) *ou vêem frustradas as suas aspirações face à resolução do contrato pelo outro outorgante, com uma indemnização (...) que nem sequer equivale já à importância inicialmente desembolsada, não cobrindo o dano emergente da resolução, ou acham-se coagidos, pela força das circunstâncias (...) a satisfazer exigências inesperadas que incomportavelmente agravam o preço inicialmente fixado.*”<sup>104</sup> Numa segunda fase, perante as diversas críticas e dúvidas suscitadas pela doutrina, foi adoptado o Decreto-Lei 379/86 que veio alterar aquele primeiro. No preâmbulo deste diploma, a propósito da atribuição do direito de retenção aos promitentes-compradores, começou por se esclarecer que aquele direito não se restringia apenas às promessas de compra e venda de edifícios ou fracções autónomas, no entendimento do legislador, “*nenhum motivo justifica (...) que o instituto se confine a tão estreitos limites.*” Por outro lado, o legislador já não fundamenta a sua opção na necessidade de protecção dos promitentes-compradores face a uma conjuntura económica instável. A justificação para um regime tão generoso tem agora a sua base na boa fé e na confiança legitimamente criada na esfera do promitente-comprador com a tradição da coisa: “(...) *não há dúvida de que se cria legitimamente, ao beneficiário da promessa, uma confiança mais forte na estabilidade ou concretização do negócio. A boa fé sugere, portanto, que lhe corresponda um acréscimo de segurança.*” Para o legislador, no conflito entre as instituições de crédito e os beneficiários de promessas de venda deve ser dada prioridade aos particulares, por serem estes a parte mais fraca da relação.

Assim, depois desta breve excursão pela evolução histórica do regime em análise, podemos facilmente concluir que o *fim* do legislador com a adopção desta medida foi o de proteger os beneficiários de promessas de transmissão ou constituição de direito real que tenham obtido para si a tradição da coisa, seja, numa primeira fase, por causa da instabilidade económica vivida no país, seja porque, apesar do melhoramento daquela conjuntura, se apercebeu que

---

<sup>104</sup> Preâmbulo do DL 236/80.

ainda fazia sentido conceder tal protecção tendo em conta o princípio da boa-fé e equilíbrio contratual.

Ora, face àquele *fim* delimitado pelo legislador, são as normas dos artigos 755.º, n.º 1, alínea f), e 759.º, n.º 2, *aptas* a prosseguir-lo?

Parece-me que sim. De facto, se o objectivo era proteger os promitentes-compradores tal objectivo é amplamente conseguido através da concessão de um direito de retenção que prevalece sobre a garantia hipotecária, mesmo que registada anteriormente. Assim, parece-me que o subprincípio da conformidade ou adequação foi respeitado pelo legislador.

E quanto ao princípio da exigibilidade – foi ele respeitado? A prevalência do direito de retenção sobre a hipoteca nas situações do artigo 755.º, n.º 1, alínea f), é o meio menos oneroso para o cidadão para atingir o fim proposto?

Esta questão não é de tão fácil resposta quanto a anterior. Mais uma vez, a resposta à questão vai depender do que entendermos ser o *objectivo* do legislador. É inquestionável que tal objectivo era o de proteger os beneficiários de promessas de venda, mas proteger em que termos? Será que a intenção do legislador se coadunaria com uma solução menos gravosa para os credores hipotecários e que passasse por não admitir a prevalência do direito de retenção face a hipotecas anteriores, aplicando o princípio geral da prioridade temporal de constituição de direitos?

Parece-me que não. Retiro do preâmbulo do Decreto-Lei 379/86 que o legislador, apesar de estar ciente de que a medida que adoptou é uma medida gravosa, face ao propósito que pretende levar a cabo – que é a protecção *absoluta* dos consumidores – considerando que aquela medida é uma medida exigível e necessária. De outra forma, sempre os beneficiários de promessa de venda de imóvel, por exemplo, para habitação própria ficariam totalmente desprotegidos – sem casa e sem indemnização suficiente para encontrar nova habitação – devido à preferência da hipoteca, cujo valor, no que se refere à garantia de créditos imobiliários, é sempre muito elevado. Assim, também aqui me parece ter sido respeitado o subprincípio da exigibilidade.

Por fim, o último crivo por que esta medida tem que passar é o do princípio da proporcionalidade em sentido restrito. O resultado obtido com a medida adoptada é



*proporcional* à «carga coactiva» da mesma<sup>105</sup>? Existe proporcionalidade entre as desvantagens do meio e as vantagens do fim?

Parece-me que essa proporcionalidade existe, se pensarmos no caso particular de um promitente-comprador de imóvel para habitação que obteve a tradição da coisa e que se veria sem nada caso o crédito hipotecário fosse prevalecente. Isto porque, na situação típica, o credor hipotecário é uma instituição bancária que dispõe, sem dúvida, de muito mais meios que o cidadão normal. Porém, é válido o argumento apresentado por parte da doutrina no sentido de que “(...) *nem sempre o negócio tem por objecto a aquisição de habitação própria permanente, nem sempre o promitente-comprador representa um “consumidor” carecido de reforçada protecção (...).*”<sup>106</sup> Assim, tendo em conta que o âmbito de aplicação da norma é muito mais alargado do que apenas o da situação acima referenciada, parece-me que não foi respeitado este subprincípio. De facto, não existe proporcionalidade em sentido restrito, se pensarmos que o credor hipotecário poderá não ser uma instituição de crédito com meios capazes de atenuar a gravidade desta medida ou que nem sempre o promitente-comprador é a parte mais frágil necessitada de uma extrema protecção. Neste sentido, a solução adoptada acaba por ser muito mais gravosa para o credor hipotecário do que vantajosa para o promitente comprador. A meu ver, bastaria que o âmbito subjectivo de aplicação da norma estivesse restringido aos promitentes adquirentes de direito real sobre edifício ou fracção autónoma para habitação própria, para que existisse proporcionalidade em sentido estrito.

Não sendo esse o caso, parece-nos que o regime decorrente da conjugação da norma do artigo 755.º, n.º 1, alínea f), com o disposto no artigo 759.º, n.º 2, desrespeita o princípio da proporcionalidade em sentido estrito nos termos acima explanados.

Pelo que, não havendo conformidade do regime com todos os subprincípios enunciados, teremos que concluir pela inconstitucionalidade material parcial<sup>107</sup> do regime por violação do princípio constitucional da proporcionalidade.

#### **e) Críticas apontadas ao regime**

São várias as críticas tecidas pela doutrina a propósito do regime que temos vindo a estudar. Pode mesmo dizer-se que a doutrina maioritária apela a uma alteração legislativa no sentido de restringir a protecção dada ao promitente-comprador. Procuraremos dar nota das principais críticas apontadas.

---

<sup>105</sup> GOMES CANOTILHO, ob. cit., p. 270.

<sup>106</sup> MENÉRES CAMPOS, ob. cit., p. 330.

<sup>107</sup> GOMES CANOTILHO, op. cit., p.959.

A primeira crítica apontada pela generalidade da doutrina tem que ver com o desequilíbrio de posições resultante da aplicação do artigo 759.º, n.º 2, à situação do promitente-comprador que obteve a tradição da coisa. Esse desequilíbrio evidencia-se não apenas no confronto das posições do retentor com o credor hipotecário mas também no confronto das posições do promitente-comprador com o titular do direito de propriedade.

O legislador atribuiu o direito de retenção ao promitente-comprador de promessa de transmissão ou constituição de direito real que obteve a tradição da coisa, por entender que, no conflito entre credor hipotecário e titular do direito de retenção, é este último que merece maior tutela. *“Neste conflito de interesses, afigura-se razoável atribuir prioridade à tutela dos particulares. Vem na lógica da defesa do consumidor.(...)”* (Cfr. Preâmbulo do DL 379/86).

Ora, parte o legislador de um ponto de partida que não é válido para toda a doutrina: os sujeitos da relação jurídica poderão não ser aqueles que a lei configurou. Neste sentido veja-se PEDRO SAMEIRO: *“(...) Primeiro não se apercebeu [o legislador] de que a relação por ele concebida como tendo por intervenientes uma empresa construtora, um particular adquirente e uma instituição de crédito financiadora, poderia estabelecer-se com outras qualidades de pessoas.(...) O credor hipotecário pode também ser um particular, que não tem meios especialmente organizados para vigiar as dificuldades e solvência do devedor.”*<sup>108</sup>

109

Por outro lado, ainda que se admita que, regra geral, a situação típica é aquela que opõe um particular a uma instituição bancária, ainda assim, a solução consagrada pelo legislador não é *justa* aos olhos de grande parte da doutrina.

Para demonstrar a incongruência da solução legal, vários autores têm vindo a fazer uma análise comparativa da situação do promitente-comprador de promessa de transmissão ou constituição do direito real que obteve a tradição da coisa com a situação (i) do titular do direito de propriedade e (ii) do promitente-comprador num contrato promessa com eficácia real.

Relativamente à comparação da posição do promitente-comprador de promessa de transmissão ou constituição do direito real que obteve a tradição da coisa com a posição do

---

<sup>108</sup> PEDRO SAMEIRO, *O direito de retenção e a situação do credor hipotecário*, in Revista da Banca, n.º 26, 1993, p. 90.

<sup>109</sup> Tecendo a mesma crítica, escreve LOYA E SAPUILE: *“Ao apreciar este extracto do relatório que, precede o articulado do Decreto-Lei n.º 379/86, deve ser salientado, antes de mais, que o credor hipotecário pode também ser um particular, que não tem meios especialmente organizados para vigiar as dificuldades e solvência do devedor.”* – ob. cit., pp. 126-127.

titular do direito de propriedade, tem sido apontado o facto de o primeiro merecer maior protecção do que o segundo, sem aparente justificação. A questão põe-se nos seguintes termos: aquele que compra um imóvel onerado com uma hipoteca não tem qualquer tipo de tutela por parte da lei que lhe permita prevalecer-se face ao credor hipotecário mas, por outro lado, aquele que promete comprar um imóvel onerado com uma hipoteca, se tiver obtido a tradição da coisa, poderá exercer o direito de retenção ressarcindo-se à frente do credor hipotecário. A perplexidade da doutrina reside no facto de, aos seus olhos, “*a expectativa de aquisição acaba[r] por valer mais, em termos jurídicos, do que o próprio direito*”<sup>110</sup>. Ao proprietário resta apenas recorrer ao regime da anulabilidade da venda de bens onerados previsto no artigo 905.º CC e que obedece a requisitos rígidos<sup>111</sup>, enquanto o promitente-comprador pode executar a coisa tendo o seu crédito garantido pela retenção que prevalecerá sempre sobre a hipoteca.

De outro ponto de vista, o promitente-comprador de promessa de transmissão ou constituição do direito real que obteve a tradição da coisa, para alguns autores, sai ainda favorecido se compararmos a sua posição com a de um promitente-comprador num contrato-promessa com eficácia real. É especialmente expressivo a este propósito o exemplo dado por ANTUNES VARELA: “*Se o dono do imóvel (A) prometer vendê-lo a B (atribuindo os contraentes eficácia real à promessa e tendo o promitente-comprador levado imediatamente o seu direito ao registo) e vier mais tarde prometer vendê-lo a C, permitindo a este a sua imediata ocupação, de nada aproveitarão a B a eficácia real e a anterioridade do seu registo, nem sequer o registo da sua aquisição definitiva (...), para desalojar C do imóvel, enquanto ele, alancorado no direito de retenção que o art. 755.º do Código Civil lhe coloca debaixo dos pés, não for integralmente pago do seu crédito.*”<sup>112</sup> Como se sabe, nos termos do artigo 413.º,

---

<sup>110</sup> CLÁUDIA MADALENO, ob. cit., p. 186.

<sup>111</sup> Esta crítica foi apontada pela maioria da doutrina que escreveu sobre a questão sobre que versa o presente trabalho. Veja-se Pedro Sameiro: “*Por outro lado, não se percebe porque é que para o legislador o promitente-comprador merece mais protecção que o titular do bem ou do direito. Quem tiver comprado, sem distrate prévio, sujeita-se a ver os seus bens sumirem-se numa execução hipotecária, sem qualquer compensação: quem apenas prometeu comprar tem garantida uma indemnização de montante equivalente ao valor da coisa ou direito objecto de promessa, à data do incumprimento desta, com dedução do preço convencionado, devendo ainda ser-lhe restituído o sinal e a parte do preço que tiver pago. (...) Por outro lado, é difícil de entender o favorecimento concedido ao promitente comprador em detrimento do adquirente efectivo. Na verdade, tanto a um como a outro se impõem as mesmas cautelas para contratar, o mesmo dever de consultar o Registo Predial e a mesma prudência na aplicação dos seus dinheiros, mas o proprietário não pode furtar-se a responder com o bem adquirido pelo valor dos encargos sobre ele registados. Será que a expectativa de aquisição de um direito real vale mais que o próprio direito?*”. No mesmo sentido, Cláudia Madaleno: “*Aquele que promete comprar uma coisa onerada e obtém a tradição da coisa acaba, assim, por ser titular de uma posição jurídica mais favorável do que aquele que simplesmente compra uma coisa onerada.*” A mesma crítica é feita por Menezes Leitão – *Direito das Obrigações*, Volume I, 6ª Edição, Almedina p. 245; por Antunes Varela, *Sobre o contrato-promessa*, 2ª Edição, Coimbra Editora, 1989, pp. 113 a 157; por Belchior Loya e Sapuile, ob. cit., p. 127.

<sup>112</sup> ANTUNES VARELA, *Sobre o contrato-promessa*, ob. cit., p. 155.

n.º 1, do Código Civil os promitentes podem atribuir eficácia real ao contrato-promessa de transmissão ou constituição de direitos reais por meio de declaração expressa e inscrição no registo. Verificados os pressupostos, o contrato-promessa adquire a eficácia própria dos direitos reais, sendo oponível *erga omnes*, prevalecendo assim sobre um contrato-promessa obrigacional que seja eventualmente celebrado posteriormente. Na opinião de certa doutrina<sup>113</sup>, o promitente-comprador com eficácia real não irá, contudo, ter uma posição prevalecente sobre um promitente adquirente que tenha obtido a tradição da coisa e exerça o direito de retenção<sup>114</sup>.

Esta primeira crítica que aponta a desmesurada (no entendimento de alguns) protecção dada ao promitente-comprador de promessa de transmissão ou constituição do direito real que obteve a tradição da coisa, face à posição do titular do direito de propriedade e à posição do promitente-adquirente de contrato promessa com eficácia real, é a crítica substancialmente mais relevante que tem sido feita pela doutrina ao regime que ora analisamos, contudo, têm sido feitas outras apreciações negativas a este regime.

Assim, um outro aspecto negativo apontado pela doutrina tem que ver com a falta de registo do direito de retenção. Sobre este aspecto já nos debruçámos acima. De facto, a publicidade, que é um princípio basilar dos direitos reais, é assegurada, neste caso, através da posse e da situação de facto que se desencadeia através da *traditio*. A falta de registo, na opinião de alguns autores, “*acaba por gerar uma “perversão” do sistema*”<sup>115</sup> na medida em que, pretendendo proteger o promitente-adquirente, a lei acaba por desproteger o credor hipotecário. Esta situação torna difícil aos credores hipotecários, *maxime*, instituições bancárias, controlarem a actividade dos seus devedores, nomeadamente, se estes efectuaram a tradição do objecto do contrato prometido: “*(...) O facto ainda de o direito de retenção não ter consagração registral torna a sua existência particularmente insidiosa, sobretudo quando estão em causa importâncias economicamente muito significativas.*”<sup>116</sup>

Analisando as consequências práticas trazidas por este regime, muitas vozes se levantaram para apontar a propensão de fraude à lei. Neste sentido, para alguns autores, este regime traduz-se numa porta aberta para a simulação de contratos-promessa nas situações em que o promitente se apercebe que não vai conseguir cumprir as suas obrigações. Assim, com o intuito de esvaziar a garantia hipotecária, o promitente-vendedor celebra com terceiro um

---

<sup>113</sup> CLÁUDIA MADALENO, p. 188, e ANTUNES VARELA, *Sobre o contrato-promessa*, ob. cit., p. 281.

<sup>114</sup> A meu ver, como se demonstrará mais à frente, não é sempre assim.

<sup>115</sup> Vide CLÁUDIA MADALENO, ob. cit., p. 190.

<sup>116</sup> Neste sentido vide PEDRO SAMEIRO, ob. cit., p. 91.

contrato promessa com tradição da coisa, impedindo que, por força do art. 759.º, n.º 2 CC, o credor hipotecário venha prevalecer sobre o promitente-comprador<sup>117 118</sup>.

No limite a doutrina entende que este regime acabará por ser desfavorável para os promitentes-adquirentes: “(...) o facto de o direito de retenção prevalecer sobre a hipoteca, ainda que esta tenha sido registada anteriormente (artigo 759.º, n.º 2), poderá também acabar por virar a norma protectora (art. 442.º, n.º 3) contra o promitente-comprador (abstractamente) protegido, engendrando a rarefacção da *traditio rei hipotecada*, por imposição das instituições de crédito aos construtores.”<sup>119</sup> O efeito prático que se teme é o da exigência por parte dos credores hipotecários da não entrega dos imóveis aos promitentes-compradores em momento anterior ao da celebração do contrato prometido, prejudicando estes últimos – precisamente aqueles que se pretendia proteger.

Por fim, é generalizada a crítica de que com este regime a hipoteca passa a apresentar-se como uma garantia fragilizada<sup>120</sup>. Isto porque o crédito garantido pelo direito de retenção se reporta ou ao valor do sinal em dobro, ou ao valor da coisa, objecto do contrato prometido, determinado objectivamente à data do não cumprimento da promessa, com a dedução do preço convencionado. Ora, aqueles são valores muito elevados impedindo que o credor hipotecário seja reembolsado se o executado não tiver um património activo consistente. Esvazia-se desta forma a garantia hipotecária e deixa-se o credor hipotecário sem forma de se ressarcir.

#### **f) Propostas para ultrapassar as críticas feitas ao regime**

Face às críticas feitas, parte da doutrina tem proposto interpretações alternativas por forma a restringir aquele regime que, em sua opinião, é demasiado protector.

I. Neste sentido, MENEZES LEITÃO, defendeu uma interpretação restritiva do artigo 755.º/1 alínea f), por forma a, nas suas palavras, “*harmonizar o direito de retenção do titular da promessa de constituição ou transmissão de direito real com os direitos do credor hipotecário*”<sup>121</sup>. Entende que o direito de retenção conferido ao promitente-comprador não garante todo e qualquer crédito resultante do incumprimento do contrato de promessa. Assim,

<sup>117</sup> LOYA E SAPUILE, ob. cit., pp. 124 e 128.

<sup>118</sup> Apresentando a mesma crítica veja-se MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, ob. cit., p. 245; ANTUNES VARELA, *Sobre o contrato-promessa*, ob. cit., p. 113 a 157; SALVADOR DA COSTA, *O concurso de credores*, 3ª Edição, Almedina, 2001, p. 220; CLÁUDIA MADALENO, ob. cit., p. 190.

<sup>119</sup> CALVÃO DA SILVA, *Sinal e contrato promessa...* ob. cit., p. 218.

<sup>120</sup> Neste sentido vide o artigo de MARGARIDA ANDRADE, *Duas questões a propósito do direito de retenção do promitente-comprador: A prevalência sobre a hipoteca e a sobrevivência à execução*, in *Cadernos do Centro de Estudos Notariais e Registais*, n.º 2, Coimbra Editora, 2014, pp. 59 e 60.

<sup>121</sup> MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, vol. I, ob. cit., p. 244.

o autor restringe a garantia ao crédito resultante do aumento do valor da coisa ou do direito. Antes de chegar a tal conclusão começa por estabelecer um requisito adicional para a atribuição do direito de retenção ao promitente-comprador: a estipulação do sinal. A norma da alínea f) “*pressupõe, além da tradição da coisa, a estipulação do sinal*”, de outra forma, a seu ver, não faria sentido a inclusão, no texto legal, da expressão “nos termos do art. 442.º”. Para o autor, a tradição da coisa sem entrega do sinal constitui um acto de mera tolerância que não justifica a atribuição de uma garantia. Mas se a estipulação de sinal é requisito para a atribuição da retenção, tal não quer dizer que o crédito resultante da restituição do sinal (em dobro ou em singelo) seja garantido pela mesma. Pelo contrário, o autor entende que “*não se verifica uma conexão efectiva entre a convenção de sinal e a coisa objecto do direito de retenção*” e, assim sendo, não existe justificação para que o credor exerça a retenção em relação a esse crédito. O único crédito que está de alguma forma conexionado com a coisa retida é o crédito resultante do aumento do valor da coisa ou do direito e, assim, conclui o autor que é este o único crédito garantido nos termos do artigo 755.º, n.º1, alínea f). Desta forma, o autor encontra um equilíbrio entre a satisfação do crédito do credor hipotecário e do credor retentor: “*este pode exercer a retenção, para obter, em primeiro lugar o pagamento do aumento de valor da coisa, após o que o bem poderá continuar a ser executado pelo credor hipotecário em relação ao valor remanescente.*”<sup>122</sup>

II. Outra proposta feita para contornar este regime foi a de uma interpretação correctiva por redução teleológica da norma prevista no art. 759.º, n.º 2 do Código Civil. JOÃO MALDONADO entende que “*a concessão da preferência do direito de retenção do beneficiário da promessa da transmissão que obteve a tradição da coisa em relação à hipoteca deixou de ter a sua razão (...)*” pelo que se impõe uma interpretação correctiva da norma. A lei que conferiu o direito de retenção ao promitente-adquirente da promessa de transmissão ou constituição de direito real e que obteve a tradição da coisa teve como *occasio legis* a instabilidade económico-financeira vivida no país, cujo factor preponderante era a desvalorização da moeda, o que levava a um desincentivo dos promitentes-vendedores ao cumprimento dos contratos-promessa. Tendo esta conjuntura desaparecido, com carácter tendencialmente definitivo, dando lugar ao invés a uma estabilidade do valor da moeda, entende o Autor que se impõe uma interpretação actualista da norma do artigo 759.º, n.º 2.

---

<sup>122</sup> MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, ob. cit., p. 246. Contra esta posição se pronunciou LOYA E SAPUILE: “*Esta posição só é razoável naquelas situações em que o executado tiver um património activo consistente, de outro modo, o valor arrecadado com a venda do imóvel não pode satisfazer os dois créditos; e prevalecendo o crédito do retentor, a garantia do credor hipotecário estaria inevitavelmente esvaziada.*” – ob. cit., p. 125.

Apenas uma interpretação actualista, nas palavras do autor, “*permite que a mesma [a lei] desempenhe a função que lhe compete, a realização da intenção prática da norma, mesmo com o sacrifício (correção) do texto legal, sempre que, por força da alteração das circunstâncias determinantes da publicação da lei, a obediência à sua letra frustra a sua intenção práctico-normativa.*”<sup>123</sup> Assim, propõe o autor que o regime estabelecido no artigo 759.º, n.º 2, não seja aplicável às situações consagradas no artigo 755.º, n.º 1, alínea f). JOÃO PEDRO MALDONADO chama ainda a atenção para o facto de a sua interpretação da norma se afastar daquela que é feita por MENEZES LEITÃO, com a qual não concorda. Em suma, o autor entende que os argumentos apresentados por Menezes Leitão não são entendidos como elementos de interpretação, por outro lado, a solução deste último, na visão do autor, não favorecia ainda assim o credor hipotecário.

III. CARLOS PEREIRA DE ABREU apresentou igualmente a sua proposta com vista a ultrapassar o desequilíbrio contratual resultante do regime consagrado no artigo 759.º, n.º 2, quando aplicado às situações previstas no artigo 755.º, n.º 1, alínea f). A solução pelo autor apresentada passa por uma interpretação muito particular do disposto no artigo 759.º, n.º 2. Entende o autor que apenas na situação em que o promitente-comprador execute judicialmente a coisa retida pode fazer prevalecer o seu direito de crédito sobre o do credor hipotecário registado anteriormente. Assim, para o autor, a execução do imóvel é condição do exercício do direito de retenção. Pereira de Abreu chega a esta conclusão pela interpretação literal que faz do preceito. Vejamos: nos termos do artigo 759.º, n.º 1, *recaindo o direito de retenção sobre coisa imóvel*, o titular do direito de retenção, *tem a faculdade de a executar*, e continua o n.º 2, *o direito de retenção prevalece neste caso sobre a hipoteca, ainda que esta tenha sido registada anteriormente*. O autor baseia-se na expressão “neste caso” para restringir a aplicação da norma do n.º 2 às situações em que a execução do imóvel é da iniciativa do retentor.

São vários os argumentos apresentados por Carlos Pereira de Abreu para defesa da sua posição. Primeiramente, o autor afirma que a interpretação que faz do referido preceito é a única que permite ao intérprete concluir, nos termos do artigo 9.º, n.º 3, que o legislador consagrou as soluções mais acertadas e soube exprimir o seu pensamento em termos adequados. Por outro lado, tal como já foi exposto acima, este autor defende que, não interpretando a norma do artigo 759.º, n.º 2, da maneira por ele proposta, não haverá outra hipótese senão admitir que aquele preceito é incompatível com o disposto no artigo 686.º, n.º

---

<sup>123</sup> NUNES MALDONADO, *O direito de retenção do beneficiário da promessa de transmissão de coisa imóvel e a hipoteca*, in *Julgar* n.º 13, p. 268.

1. Isto porque, para Carlos Pereira de Abreu, a expressão “privilégio especial” que está presente no artigo 686.º, n.º 1, reporta-se somente aos privilégios imobiliários não abrangendo o direito de retenção. Desta forma, o artigo 759.º, n.º 2 constitui uma excepção a tal regra por permitir que o credor, titular de direito de retenção, prevaleça sobre o credor hipotecário sempre que aquele tome a iniciativa de executar judicialmente o imóvel retido. Um outro argumento apresentado por este autor tem que ver com a ausência de registo do direito de retenção. Para Carlos Pereira de Abreu, a publicidade do direito de retenção não é assegurada pela posse, isto é, pela apreensão material da coisa. A publicidade deriva da execução da coisa: “(...) *exigir que, para preferir sobre a hipoteca, o retentor execute a coisa, isto é, publicite o seu direito pelo registo de arresto ou penhora, nos termos dos artigos 405.º, n.º 1 (actual, 406.º, n.º 2); 838.º, n.ºs 2 e 3 (actuais n.ºs 3 e 4); e 846.º do C.P.C.*”<sup>124</sup> Pelo que, para o autor, é ao retentor que cabe assegurar a publicidade do direito de retenção através do registo do arresto ou penhora no âmbito da acção executiva, de outra forma, não havendo lugar à execução do imóvel, não seria possível dar a conhecer aos demais credores a existência do direito de retenção. Um outro argumento esgrimido em defesa da sua tese tem que ver com o espírito do legislador na elaboração desta norma. Para o autor é impossível retirar da norma outra interpretação porque o legislador tinha de estar ciente: “(...) *das polémicas doutrinárias sobre a extensão do direito de retenção; (...) dos perigos e prejuízos para a segurança do crédito, em geral, e do hipotecário, em particular (...); (...) que tal prejuízo e insegurança resultava, basicamente, da não sujeição a registo de tal privilégio, e, portanto, da quase impossibilidade de conhecimento por parte dos restantes credores, designadamente, os preferenciais.*” Pelo que, para se admitir que o legislador tomou uma posição coerente e ponderada, terá de se interpretar a norma no sentido de o crédito do retentor apenas prevalecer sobre o do credor hipotecário quando aquele primeiro tenha tido a iniciativa de executar o imóvel retido.

Diferentemente das soluções acima apresentadas (de *iure constituto*), CLÁUDIA MADALENO e PEDRO SAMEIRO apresentam as suas soluções de *iure constituendo*.

IV. Assim, PEDRO SAMEIRO reconhece que se deve proteger os promitentes-compradores de promessas de transmissão ou constituição de direito real que tenham obtido a tradição da coisa, contudo, discorda o autor da maneira como o legislador o fez. O autor defende a derrogação da norma que confere o direito de retenção ao promitente-comprador, propondo a sua substituição “*por outras formas de protecção do direito à aquisição, que não sejam*

---

<sup>124</sup> PEREIRA DE ABREU, O direito de retenção..., ob. cit., p. 44.



*lesivas dos direitos legitimamente constituídos e publicitados do credor hipotecário.*”<sup>125</sup> As formas alternativas de protecção do promitente comprador, propostas por este autor, passam por atribuir eficácia real ao contrato de promessa celebrado por documento particular e permitir o registo gratuito do direito de aquisição. Por outro lado, quanto à garantia da restituição do sinal e do preço, PEDRO SAMEIRO propõe a constituição de uma hipoteca legal que, na sua visão, seria compatível e cumulativa com a eficácia real da promessa.

V. A proposta de CLÁDIA MADALENO também passa por uma alteração legislativa: a autora entende que o regime resultante da conjugação dos artigos 755.º, n.º 1, alínea f), e 759.º, n.º 2, constitui *“uma restrição injusta dos direitos dos credores hipotecários”*<sup>126</sup> Propõe, assim, uma alteração legislativa que passe pela restrição do âmbito de aplicação do artigo 759.º, n.º 2 aos casos que se integrem na previsão do artigo 691.º, n.º 1, alínea c). Cláudia Madaleno constrói a sua tese com base na análise da *ratio legis* do artigo 759.º, n.º 2. A autora entende que a *ratio* subjacente àquela norma é a de evitar o enriquecimento dos restantes credores à custa do retentor. Nas palavras da autora, “[s]egundo uma interpretação teleológica, a solução consagrada visa impedir que o credor hipotecário se locuplete à custa do retentor, que efectuou despesas com a coisa retida e hipotecada, despesas essas que contribuíram para aumentar o seu valor e, portanto, das quais resulta desde logo uma mais valia ao nível do preço da venda da coisa em sede de acção executiva.”<sup>127</sup> Tendo como ponto de partida que a vontade do legislador foi acautelar uma situação de enriquecimento sem causa, a autora faz uma comparação entre o artigo 759.º, n.º 2, e o artigo 691.º, n.º 1, alínea c), e no seu entendimento, as duas normas consagram soluções similares. Este último artigo vem estabelecer que as benfeitorias estão abrangidas pela hipoteca com salvaguarda dos direitos de terceiro. Na interpretação da autora, inclui-se naqueles direitos, o crédito derivado das despesas efectuadas por causa da coisa. *“Assim, nos termos do artigo 691.º, n.º 1, alínea c), a hipoteca abrange as benfeitorias realizadas na coisa, ainda que tenham sido feitas à custa de terceiro, mas ressalvado, neste caso, o direito deste ao respectivo ressarcimento. Por sua vez, existindo sobre a coisa hipotecada um direito de retenção, a lei estabelece que o crédito do seu titular prefere em absoluto ao crédito hipotecário, ainda que este seja anterior.”* Pelo que a autora retira daqui uma incompatibilidade entre aqueles dois artigos que apenas seria sanada pela restrição do âmbito de aplicação do artigo 759.º, n.º 2,

---

<sup>125</sup> PEDRO SAMEIRO, ob. cit., pp. 96-97.

<sup>126</sup> CLÁUDIA MADALENO, ob. cit., p. 183.

<sup>127</sup> *Idem*, p. 176.

aos casos previstos no artigo 691.º, n.º 1, alínea c), isto é, ao crédito resultante de despesas efectuadas com a coisa que tenha originado nesta uma mais valia (*maxime*, benfeitorias).<sup>128</sup>

### **g) Tomada de posição**

Neste capítulo procuraremos tomar posição relativamente às críticas apresentadas pela doutrina e às soluções apresentadas para ultrapassar as dificuldades do regime ora em análise. Terminaremos tomando uma posição sobre a questão que nos ocupou durante todo este trabalho.

Começando então pelas críticas apontadas ao presente regime. Vimos acima que parte da doutrina entende que o legislador falhou ao ter-se baseado num falso pressuposto na elaboração de regime que concede ao promitente-comprador o direito de retenção. Esse falso pressuposto é o seguinte: entendeu o legislador que o credor hipotecário e o promitente-comprador seriam sempre uma instituição bancária, de um lado, e um particular à procura de casa para habitação, do outro lado. Ora, tendo este ponto de partida, o legislador entendeu que havia um claro desequilíbrio, sendo o promitente-comprador a parte mais débil necessitaria de maior protecção. Como vimos *supra*, vários autores contestam este entendimento, a meu ver com razão. De facto, poderá acontecer que os sujeitos da relação jurídica não sejam aqueles que a lei configurou e, nessa medida, a extrema protecção do promitente-comprador irá ter como consequência o efeito que o legislador pretendeu acautelar: um desequilíbrio da relação contratual. É verdade que a situação configurada pelo legislador é aquela que se verifica a maioria das vezes, mas temos também de reconhecer que, nas situações em que tal não aconteça, o credor hipotecário fica muito desprotegido. Daí entendermos que o âmbito de aplicação subjectiva da norma do artigo 755.º, n.º 1, alínea f), deve ser restringido às situações de facto previstas pelo legislador na elaboração do regime em análise.

Para demonstrar o desequilíbrio criado por este regime a doutrina tem feito uma análise comparativa da posição do promitente-comprador de promessa de transmissão ou constituição do direito real que obteve a tradição da coisa face à posição do titular do direito de propriedade que adquiriu o imóvel já onerado, e face à posição do promitente-comprador com eficácia real. No entendimento de muitos é incompreensível que a expectativa jurídica (do promitente-comprador) mereça mais protecção que o próprio direito e, de outro lado, que a promessa com eficácia real seja preterida face a uma promessa meramente obrigacional. Quanto à primeira questão: não se me afigura incompreensível, nem me causa qualquer tipo

---

<sup>128</sup> CLÁUDIA MADALENO, ob. cit., p. 183.

de perplexidade, que, neste caso, o legislador tenha conferido maior protecção ao promitente-comprador que obteve a tradição da coisa do que ao proprietário do imóvel. É certo que é exigível a ambos que, antes de contratar, se acautelem e tomem as devidas medidas para se assegurarem que sobre o imóvel que pretendem adquirir não impendem quaisquer ónus ou encargos. Não me parece que o legislador tenha querido proteger a negligência do promitente-comprador. A meu ver, a questão tem que ser vista da perspectiva da teoria do risco. A ideia de risco anda associada à ideia de titularidade do direito: no caso particular dos direitos reais associa-se à titularidade da coisa. O titular do direito de propriedade detém o direito real máximo sobre a coisa, abrangendo as faculdades de uso, fruição e disposição do direito. Tal direito confere-lhe a si, exclusivamente, a percepção de todos os frutos e produtos da coisa, a obtenção de rendas ou interesses, a transformação, alienação, oneração, destruição da coisa e a utilização da mesma para todos os fins que pretenda<sup>129</sup>. Assim, é fácil de concluir que o proprietário de certa coisa é aquele que dela poderá retirar mais vantagens. Por outro lado, aquele que tem na sua esfera jurídica uma mera expectativa de vir a adquirir a coisa, tendo obtido apenas a posse<sup>130</sup> da mesma, não tem à sua disposição todas aquelas faculdades. Independentemente da posição que tomemos relativamente ao tipo de posse que é conferida com a *traditio* ao promitente-comprador, certo é que, mesmo que seja posse plena e não mera detenção, os direitos que este tem sobre a coisa são muito diminutos quando comparados com os do proprietário. Com efeito, o possuidor tem o direito de uso da coisa, o direito de perceber frutos, em caso de boa fé, o direito ao reembolso das benfeitorias, cujo regime varia consoante sejam benfeitorias necessárias, úteis ou voluptuárias, e o direito de indemnização em caso de turbacão ou esbulho da coisa. Assim, parece-me ser aqui aplicável o brocardo *ubi commodum, ibi incommodum*, isto é, aquele que retira mais vantagens sobre a coisa é aquele que terá de assumir maiores responsabilidades. Desta forma, não me parece desmesurada a protecção que é dada ao promitente-comprador que obteve a tradição face à *desprotecção* do proprietário.

---

<sup>129</sup> MENEZES LEITÃO, *Direitos reais*, ob. cit., p. 280.

<sup>130</sup> Parte da doutrina entende que esta posse é apenas uma posse precária ou mesmo pura detenção. Veja-se ANTUNES VARELA/PIRES DE LIMA, *Código Civil Anotado*, Vol. III, p. 6: “O contrato-promessa, com efeito, não é susceptível de, só por si, transmitir a posse ao promitente-comprador. Se este obtém a entrega da coisa antes da celebração do negócio translativo, adquire o *corpus possessório*, mas não adquire o *animus possidendi*, ficando, pois, na situação de mero detentor ou possuidor precário. (...) São concebíveis, todavia, situações em que a posição jurídica do promitente-comprador preenche excepcionalmente todos os requisitos de uma verdadeira posse. Suponha-se, por exemplo, que havendo sido paga já a totalidade do preço ou que, não tendo as partes o propósito de realizar o contrato definitivo (...), a coisa é entregue ao promitente-comprador como se sua fosse já (...)”. Em sentido contrário vide MENEZES CORDEIRO, *Da retenção do promitente na venda executiva*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 57 (1997), pp. 552 e 553.

Relativamente à comparação entre a posição do promitente-comprador no âmbito de uma promessa com eficácia real e do promitente-comprador no âmbito de uma promessa meramente obrigacional, haverá que distinguir duas situações. Acima citámos ANTUNES VARELA que, pronunciando-se sobre esta questão configura uma situação de facto na qual o dono do imóvel promete vendê-lo a certa pessoa, celebrando contrato-promessa com eficácia real, e mais tarde celebra novo contrato-promessa meramente obrigacional, com vista à venda do mesmo imóvel, entregando antecipadamente o imóvel ao novo promitente-comprador. Segundo ANTUNES VARELA, este segundo promitente prevaleceria sobre o primeiro, uma vez que a anterioridade do registo da eficácia real de nada lhe serviriam face ao direito de retenção do segundo promitente. Não se compreende esta posição do Ilustre autor. O artigo 759.º, n.º 2, estabelece a prevalência do direito de retenção apenas sobre hipoteca com registo anterior, a qualquer outro direito aplica-se o princípio da prioridade de registo – art.759.º, n.º1. Assim, o promitente-comprador que tenha registado a promessa com eficácia real poderá opor o seu direito àquele que tenha celebrado contrato-promessa obrigacional posteriormente, ainda que este tenha obtido a tradição da coisa, sendo ineficaz o contrato-promessa celebrado *a posteriori* em violação do seu direito. Situação diferente, mas que não parece ter sido aquela a que se referia ANTUNES VARELA, é a de comparar a posição de um promitente-comprador de contrato-promessa obrigacional que obteve a tradição da coisa face ao credor hipotecário, com a posição de um promitente-comprador de contrato-promessa com eficácia real também face ao credor hipotecário. Para muitos, a alínea f) do artigo 755.º, n.º 1, não abrange as promessas com eficácia real. Não percebemos porquê. A lei não faz qualquer distinção, apenas estabelece que goza do direito de retenção “*o beneficiário da promessa de transmissão ou constituição do direito real que obteve a tradição da coisa*”, ora, nenhum dos pressupostos exigidos para a atribuição do direito de retenção colide com o carácter *real* da promessa. Assim, parece-nos que deverá ser concedido o direito de retenção ao promitente-comprador com eficácia real que reúna os requisitos da alínea f), n.º 1, art. 755.º.

Outro aspecto negativo apontado pela doutrina é a falta de registo do direito de retenção. Na minha opinião, como já tive oportunidade de expor acima, parece-me que a publicidade do direito de retenção está assegurada pela *traditio* e pelos actos que esta implica.

À doutrina que vê neste regime uma “porta aberta para a fraude à lei” diremos que é sempre possível defraudar a lei, por isso mesmo, o legislador previu mecanismos para acautelar essas situações.

Por fim, não me parece que CALVÃO DA SILVA tenha razão ao afirmar que a norma protectora se acaba por virar contra o promitente-comprador. Poderá haver uma diminuição das situações de *traditio*, contudo, do meu ponto de vista, é mais favorável para o promitente-comprador ter a *hipótese* de obter a tradição da coisa e nesse caso estar protegido por um direito de retenção do que ter a *certeza* da obtenção da *traditio* mas havendo uma hipoteca anterior, e dando-se a execução do imóvel, não ter forma de se ressarcir.

Passemos agora à análise crítica das soluções apresentadas por diversos autores que já tivemos oportunidade de expor acima.

A proposta de MENEZES LEITÃO é de interpretar restritivamente o artigo 755.º, n.º 1, alínea f), por forma a que o único crédito garantido pelo direito de retenção seja o que resulte do aumento do valor da coisa ou do direito. Não nos parece ser viável uma tal interpretação. Primeiramente, ao contrário do entendimento perfilhado por este Autor, entendemos que a constituição de sinal não é requisito para a atribuição do direito de retenção. Somos da opinião, também defendida por CLÁUDIA MADALENO, de que o legislador se pretendesse restringir o direito de retenção aos créditos previstos no artigo 442.º, tê-lo-ia estabelecido expressamente em lugar de fazer uma referência genérica ao “crédito resultante do não cumprimento imputável à outra parte”. Por outro lado, parece-nos que o autor confunde os pressupostos do artigo 754.º com os do art. 755.º, n.º 1, alínea f). Com efeito, apenas naquele artigo se exige uma conexão entre o crédito e a coisa retida. Tal conexão passa a ser uma conexão jurídica quando se trate dos casos especiais do artigo 755.º. Pelo que o crédito garantido não tem de estar conexionado com o imóvel nos termos em que defende o autor. Assim, rejeitamos totalmente a proposta apresentada por MENEZES LEITÃO.

A solução apresentada por JOÃO MALDONADO também nos parece de rejeitar. O autor propõe uma interpretação correctiva da norma prevista no artigo 759.º, n.º 2, de forma a que esta não seja aplicável às situações do art. 755.º, n.º 1, alínea f). Entende o autor que a conjuntura que levou ao surgimento de tal regime já não existe, não devendo este subsistir. É verdade que, nos dias de hoje, Portugal não vive uma instabilidade financeira caracterizada pela frequente desvalorização da moeda. Contudo, tal não significa que, ainda assim, a atribuição do direito de retenção ao promitente-comprador com prevalência sobre a hipoteca não esteja justificada. De resto, o próprio legislador de 86 reconheceu que essa conjuntura vinha a desaparecer, porém, a protecção do promitente-comprador encontrava-se justificada pela necessidade de proteger a parte mais débil face ao credor hipotecário, *maxime*, quando estejam em causa contratos promessa de compra e venda de imóvel para habitação. Desta

forma, parece-me que, para além de inadmissível no ordenamento português<sup>131</sup>, uma tal interpretação correctiva é desnecessária. Uma interpretação actualista da norma implica, a meu ver, um reconhecimento do direito de retenção ao promitente-comprador que tenha em vista a aquisição de imóvel para habitação. Parece-me que um contraente numa tal posição, que tenha obtido a tradição da coisa, adquire uma expectativa e uma confiança forte na firmeza e concretização do contrato que não pode deixar de ser tutelada pelo Direito.

Analisámos acima outrossim a solução particular apresentada por PEREIRA DE ABREU. Este autor, fazendo uma interpretação literal do artigo 759.º, n.º 2, conclui que só haverá prevalência do direito de retenção sobre a hipoteca quando a execução do imóvel seja da iniciativa do retentor. Esta interpretação não me parece, contudo, coerente com a *ratio legis* do preceito e, por outro lado, os argumentos apresentados pelo autor parecem-me ser de rejeitar. Vejamos. Em primeiro lugar, não entendo que haja uma incompatibilidade entre a norma do artigo 759.º, n.º 2 e a norma do artigo 686.º, n.º 1 que só possa ser ultrapassada pelo entendimento de que aquela primeira constitui uma excepção a esta. Antes pelo contrário, aquelas duas normas são em tudo coincidentes - de facto o legislador, ao referir-se a “privilégio especial” no artigo 686.º, n.º 1, não se quer reportar apenas a privilégios imobiliários, abrangendo também o direito de retenção. Em segundo lugar, ao contrário do que entende PEREIRA DE ABREU, a meu ver, não há uma necessidade de assegurar a publicidade do direito de retenção pelo registo do arresto ou penhora no âmbito de uma acção executiva. Como já dissemos acima, a publicidade dos direitos reais pode ser assegurada por três formas: formalismos negociais, posse ou registo. Ora, no caso do direito de retenção do promitente-comprador, a publicidade é assegurada através da posse conferida pela *traditio*. Em terceiro e último lugar, a interpretação literal é apenas o ponto de partida do intérprete-aplicador, este não deverá cingir-se à letra da lei, devendo antes procurar o pensamento e espírito do legislador – artigo 9.º, n.º1. Salvo o devido respeito, penso que o autor se cingiu à letra da lei, tendo procurado os argumentos de forma a sustentar essa leitura literal do preceito, ao invés de tentar descortinar a *intenção* e o *espírito* do legislador.

Por último, quanto às propostas de *iure constituendo* apresentadas por CLÁUDIA MADALENO e PEDRO SAMEIRO diremos o seguinte:

Não nos parece que deverá ser adoptada a proposta de PEDRO SAMEIRO. O autor propôs uma solução alternativa ao regime vigente que implicava uma alteração legislativa e que

---

<sup>131</sup> OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito. Introdução e Teoria Geral*, 13.ª Edição Refundida, Almedina, 2006, p. 426.

passava pela atribuição de eficácia real ao contrato promessa celebrado por documento particular e por permitir o registo gratuito do direito de aquisição. Relativamente à garantia do crédito indemnizatório, o autor propõe a constituição de uma hipoteca legal. Ora, a meu ver, a solução dada por este autor não acautela a posição do promitente-comprador da maneira pretendida pelo legislador. O legislador quis que, perante uma hipoteca com registo anterior, o direito de retenção prevalecesse, de forma a que o promitente-comprador não ficasse numa situação em que perdia a habitação que, a maioria das vezes, constitui a sua casa de morada de família, e perdia também a hipótese de ser indemnizado pelo incumprimento do contrato-promessa. Assim, a solução apresentada por este autor não tutela devidamente a posição do promitente-comprador.

CLÁUDIA MADALENO, defendendo que a única fundamentação para a prevalência do direito de retenção sobre a hipoteca é a necessidade de evitar um locupletamento dos restantes credores à custa do retentor quando este tenha contribuído para aumentar o valor da coisa, entende ser necessária uma restrição do âmbito de aplicação do artigo 759.º, n.º 2 aos casos que se integrem na previsão do artigo 691.º, n.º1, alínea c). Não podemos deixar de discordar da autora. De facto, a meu ver, são várias as fundamentações que justificam a prevalência do direito de retenção sobre a hipoteca. Como já tivemos oportunidade de ver acima, evitar o enriquecimento dos demais credores à custa do retentor serve apenas de fundamentação para os casos em que o crédito resulte de despesas feitas por causa da coisa. Por exemplo, se o crédito for resultante de danos causados pela coisa, a fundamentação daquela prevalência está na teoria do risco nos termos explicitados acima. Assim, também nos casos especiais do artigo 755.º a fundamentação terá de ser diversa. Pelo que, a meu ver, a *ratio* daquela prevalência no caso do promitente-comprador prende-se com a necessidade de protecção da parte mais débil que será, na maioria das vezes, o particular que celebra um contrato-promessa de compra e venda com vista à aquisição de nova habitação. Desta forma, parece-me descabida a restrição do âmbito de aplicação do artigo 759.º, n.º 2, às situações do artigo 691.º, n.º 1, alínea c), sendo também de rejeitar a solução apresentada por esta autora.

Feita uma análise crítica às apreciações e soluções apresentadas pela doutrina cabe tomar posição.

A atribuição do direito de retenção ao promitente-comprador surge pelo DL 236/80 numa altura em que se vivia no nosso país uma grande instabilidade financeira caracterizada pela desvalorização da moeda que levou à necessidade de proteger a posição dos promitentes-compradores face a situações de incumprimento pelas quais aqueles recebiam indemnizações

irrisórias que em nada equivaliam aos montantes que haviam desembolsado. Por outro lado, tornava-se vantajoso para os promitentes-vendedores resolver os contratos para poder posteriormente vender o imóvel por um preço mais elevado. Foi nesta conjuntura que o legislador alterou o regime do contrato-promessa, em particular, o regime indemnizatório e conferiu ao promitente-comprador uma poderosa garantia – o direito de retenção com prevalência sobre hipoteca de registo anterior. Aquela conjuntura foi desaparecendo dando lugar a uma situação de estabilidade económica e financeira, nessa viragem, várias foram as vozes que se levantaram para lembrar que o regime que tinha sido aprovado em 80 tinha perdido a sua razão de ser, devendo ser alterado por se traduzir numa *grande injustiça* para os credores hipotecários. Em resposta a estas críticas da doutrina, veio o legislador alterar o regime do contrato-promessa, em particular o regime indemnizatório, e justificar a prevalência do direito de retenção face à hipoteca com base na lógica de protecção do consumidor e da confiança gerada pela entrega da coisa. Descontentes com a justificação do legislador, vários autores continuam a exigir uma alteração legislativa por forma a harmonizar os interesses do credor hipotecário com os do promitente-comprador.

Como disse acima, encontro alguma razão nas contestações destes autores. Com efeito, o artigo 755.º, n.º 1, alínea f), está formulado de tal forma abrangente que cabem na sua previsão não apenas as situações configuradas pelo legislador e que, de facto, merecem tutela, mas também muitas outras situações para as quais tal tutela é desnecessária, levando a um desequilíbrio das posições contratuais indesejado pelo legislador. Refiro-me a todos os casos em que o promitente-comprador não é a parte mais fraca e o credor hipotecário também não é uma instituição de crédito com uma boa saúde financeira e com diversos meios para se acautelar. De facto, nessas situações aquela tutela torna-se desmesurada, infringindo, a meu ver, o princípio da proporcionalidade em termos estritos, isto porque, acarreta, para o credor hipotecário, muito mais desvantagens do que vantagens para o promitente-comprador.

Assim, do meu ponto de vista, este regime só será conforme a Constituição e os princípios basilares do ordenamento português se for visto na perspectiva da protecção da parte mais fraca, tal implicando uma restrição do âmbito de aplicação subjectivo do mesmo.

Estamos de acordo com a posição adoptada no Acórdão Uniformizador de Jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça de 19 de Maio de 2014. A questão que ocupava aquele Tribunal é um pouco diferente daquela que ora analisamos, uma vez que o direito de retenção do promitente-comprador era ali analisado no âmbito de um processo de insolvência, contudo, o Tribunal fez uma cuidada análise ao regime que aqui nos ocupa. Concluiu pela concessão e



consequente prevalência do direito de retenção face à hipoteca, fundamentando a sua posição da seguinte forma: “*o direito de retenção é apenas uma dentre outras garantias (v.g. privilégios creditórios) de igual ou maior gravosidade com que se poderá defrontar o credor hipotecário no âmbito de um processo de insolvência; e a sua inserção valorativa no seio do ordenamento jurídico é tão só o resultado de uma ponderação de interesses que a conjuntura social motivou no legislador graduar de uma determinada forma, acautelados os limites constitucionais.*” Prossegue ainda o Tribunal, afirmando que considera que o direito de retenção é “*o mais transparente*”, a sua publicidade é assegurada pelo “*uso do objecto sobre que recai (na maioria imóveis para habitação) o que implica naturalmente, dada aquela compleição, a publicidade, que quase sempre funciona como aviso aos restantes credores em ordem a melhor poderem acautelar-se antes de optarem pela concessão de um crédito que comporta sempre certa álea de risco*”. Entendemos ter razão este Tribunal quando restringe o âmbito de aplicação da alínea f) do artigo 755.º, n.º 1, “*de molde a que se encontre a coberto a prevalência conferida pelo direito de retenção ao promissário da transmissão de imóvel que obtendo a tradição da coisa seja simultaneamente um consumidor.*” Parece-me que o regime ora em discussão foi criado precisamente para proteger particulares como o promitente-comprador do caso apreciado pelo STJ – um consumidor com cerca de 70 anos de idade que investiu as poupanças de uma vida nas fracções que habita com o seu agregado familiar. De facto, é na protecção de cidadãos como este que se encontra a *ratio legis* para a prevalência do direito de retenção sobre a hipoteca, sendo de rejeitar a orientação que defende apenas existir uma *ratio* para tal prevalência que se prende com a necessidade de evitar o locupletamento dos demais credores.

Perante esta tomada de posição, o que dizer relativamente às situações em que aquele que se arroga titular do direito de retenção tem em vista a compra de uma segunda habitação para passar férias? Ou é milionário e, como tal, a tutela que necessita é diminuta?

Parece-me que o intuito do legislador foi estabelecer um equilíbrio entre a posição do credor hipotecário e a posição do promitente-comprador. É, aliás, o que decorre do preâmbulo dos diplomas legais que instituíram o regime ora em análise. Equilíbrio esse apenas necessário perante a constatação de que a posição do promitente-comprador é a mais fraca. Se, perante a situação de facto, o intérprete-aplicador entender que não existe uma situação de desequilíbrio, então uma tal tutela será desnecessária, injustificada e *injusta* para o credor hipotecário.

De que forma justificar a atribuição da prevalência do direito de retenção sobre hipoteca constituída anteriormente se a posição do promitente-comprador não for uma posição mais débil do que a do credor hipotecário? Justifica-se apenas com base na tutela do consumidor? Uma tal tutela tem que ser *necessária*. Não é apenas pelo facto de o promitente-comprador contratar na qualidade de *consumidor* que o legislador concede maior protecção. Consumidor é todo aquele que adquire a coisa como utilizador final, sem pretensões de revenda. Ora, consumidor poderá ser qualquer pessoa (singular ou colectiva, com mais ou menos meios). Assim, parece-me que tal qualidade não é suficiente para justificar a generosa tutela conferida pelo legislador. A meu ver tem que existir uma situação de desequilíbrio que implique um reforço da posição mais fraca.

Concluindo, o âmbito de aplicação subjectivo daquela norma deverá ser restringido às situações em que existe de facto um desequilíbrio entre os credores, nomeadamente, credor hipotecário e promitente-comprador, sob pena de ser considerado inconstitucional por violar o princípio da proporcionalidade em termos restritos. Essas situações são aquelas em que o promitente-comprador seja um particular que tenha em vista a compra de um imóvel, *maxime* para habitação, e o credor hipotecário seja uma instituição de crédito que “*dispõe regra geral de aconselhamento económico, jurídico e logístico que lhe permite prever com maior segurança os riscos que corre caso por caso e ponderar uma prudente selectividade na concessão de crédito.*”<sup>132</sup>

Por fim, no âmbito da análise do Acórdão Uniformizador de Jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça de 19 de Maio de 2014, abordaremos a questão de saber se o direito de retenção do promitente-comprador, de promessa com eficácia meramente obrigacional, que obteve a tradição da coisa, é invocável no âmbito do processo de insolvência.

Nos termos do artigo 106.º, n.º 1 do CIRE, o administrador da insolvência está vinculado ao cumprimento do contrato-promessa com eficácia real no âmbito do qual tenha havido tradição da coisa a favor do promitente-comprador. Fazendo uma interpretação *a contrario* deste preceito, parte da jurisprudência e da doutrina<sup>133</sup> entende que a execução ou recusa do cumprimento dos contratos-promessa com eficácia real em que não tenha havido tradição da coisa ou dos contratos-promessa com eficácia meramente obrigacional em que tenha havido ou não tradição da coisa, está dependente da opção do administrador da insolvência. Ora, o

---

<sup>132</sup> Acórdão Uniformizador de Jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça, de 19 de Maio de 2014, DR 1ª Série, nº 95.

<sup>133</sup> Vide CARVALHO FERNANDES; JOÃO LABAREDA; *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, 2.ª Edição, Quid Juris, Lisboa, 2013, p.497.

Acórdão que aqui analisamos apresenta solução diferente. No entendimento do Supremo Tribunal de Justiça, “*a lei é expressa ao referir que «no caso de insolvência do promitente vendedor, o administrador de insolvência não pode recusar o cumprimento se já tiver havido tradição da coisa a favor do promitente-comprador (...)»*”. Assim, para aquele Tribunal o que vincula o administrador da insolvência ao cumprimento é a tradição da coisa, pelo que, perante contrato-promessa com eficácia meramente obrigacional no âmbito do qual tenha havido tradição da coisa, o administrador de insolvência está vinculado à sua execução. Em sentido contrário se pronunciou MARIA DOS PRAZERES BELEZA, no voto de vencido que proferiu. Na opinião da Conselheira, a circunstância de ter havido tradição, num contrato-promessa sem eficácia real, não afasta a possibilidade de não cumprimento. Perfilhamos este entendimento. A letra da lei, a nosso ver, não permite outra interpretação. Contudo, numa tal hipótese – de recusa do cumprimento, por parte do administrador de insolvência, do contrato-promessa de compra e venda sem eficácia real no qual tenha havido tradição da coisa – não deixa de poder ser atribuído o direito de retenção ao promitente-comprador nos mesmos moldes em que lhe é atribuído fora do processo falimentar. Concordamos de igual modo com o Tribunal quando este reconhece culpa ao insolvente pelo incumprimento do contrato-promessa. É que, ainda que tenha sido o administrador de insolvência a recusar o cumprimento do contrato, deverá entender-se que o insolvente cujo comportamento originou o processo de insolvência é por imputação reflexa, *culpado* pelo incumprimento daquele contrato.

Assim, a nosso ver, o promitente-comprador de contrato promessa sem eficácia real que tenha obtido a tradição da coisa pode invocar o direito de retenção, no âmbito do processo de insolvência, exactamente nos mesmos moldes em que o pode invocar fora de um tal processo. Concordamos, pois, com o Conselheiro LOPES DO REGO, quando afirma, no seu voto vencido, que “*o âmbito e os pressupostos do direito de retenção atribuído ao promitente comprador que obteve a tradição da coisa devem ser exactamente os mesmos, verifique-se ou não a situação de insolvência do promitente comprador*”. Contudo parece-nos, ao contrário do que parece entender o Conselheiro, o Tribunal estabeleceu a qualidade de consumidor enquanto elemento constitutivo do direito de retenção para qualquer situação e não apenas para a invocação daquele direito no âmbito de um processo de insolvência.

## **V. Conclusão**

Aqui chegados, cabe concluir. Com o presente trabalho propusemo-nos a fazer uma análise do regime decorrente da conjugação dos artigos 755.º, n.º 1 alínea f), e 759.º, n.º 2, por forma

a tomar posição quanto à sua constitucionalidade – questão que é desde há muito tempo discutida pela doutrina.

Depois de feita uma passagem pelas posições que dividem a doutrina e perante a análise do regime geral do direito de retenção, acabámos por concluir que o problema posto encontra solução na *ratio legis* do regime. O problema está em determinar tal *ratio*. Para uns, ela é só uma: a prevalência do direito de retenção tem exclusiva justificação na necessidade de evitar que os demais credores se locupletem à custa do retentor e assim, apenas e só quando este contribua para o aumento do valor da coisa é que poderá fazer prevalecer a sua garantia sobre a do credor hipotecário. Contudo, a meu ver não há só um fundamento para tal prevalência. Doutra forma, teria o legislador expressamente restringido a aplicação do artigo 759.º, n.º 2, aos casos do artigo 754.º, primeira parte. Não é o que acontece. A verdade é que, também quando o crédito resulte de danos causados pela coisa, o titular do direito de retenção pode fazer prevalecer a sua garantia sobre hipoteca anterior. Em meu entender, tal como disse acima, nesse caso a justificação está na teoria do risco: a criação de risco e a produção de danos geram potencialmente uma diminuição do património do devedor. Assim, aquele que suporta o risco em vez do devedor, por ter a coisa em seu poder e por ter sofrido os danos causados por ela, conserva de alguma forma o património do devedor perante os demais credores que ficam, de certa forma, beneficiados com essa *canalização* do risco da coisa para outrem.

No mesmo sentido, dever-se-á entender que a fundamentação para tal prevalência em cada caso especial do artigo 755.º, n.º 1, será diferente. O caso que aqui nos propusemos estudar é o do promitente-comprador. Pela análise do seu regime, em particular, da motivação do legislador para a aprovação do mesmo, pudemos concluir que este tinha como objectivo a protecção do promitente-comprador – cidadão individual que tenha em vista a aquisição de imóvel para habitação – quando confrontado com um credor hipotecário que dispõe de mais meios e de maior saúde financeira, nomeadamente, por se tratar de uma instituição bancária.

Pelo que, é por demais evidente que a aplicação daquele regime a situações que fujam à configurada pelo legislador e que não se traduzam num desequilíbrio entre credores será inconstitucional por violação do princípio da proporcionalidade conferindo uma *injustificada e arbitrária* protecção ao promitente-comprador.

Assim, é do nosso entendimento, que, na aplicação daquele regime, o intérprete deverá fazer uma cuidada análise da situação de facto de molde a perceber se existe ou não necessidade de

tutela do promitente-comprador enquanto parte mais fraca. Tal acontecerá, por via de regra, nas situações que o legislador tinha em vista e que explicitámos acima.

Concluimos assim a favor da prevalência do direito de retenção sobre a hipoteca nos termos acima expostos.

## VI. Bibliografia

ALMEIDA COSTA, Mário Júlio, *Direito das Obrigações*, 12.<sup>a</sup> Edição revista e actualizada, Coimbra, Almedina, 2011

ANDRADE, Margarida, *Duas questões a propósito do direito de retenção do promitente-comprador: A prevalência sobre a hipoteca e a sobrevivência à execução*, in Cadernos do Centro de Estudos Notariais e Registais, n.º 2, Coimbra Editora, 2014

ANTUNES VARELA, João de Matos, *Sobre o contrato-promessa*, 2.<sup>a</sup> Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 1989

-----, *Das obrigações em geral*, Vol. I, 10.<sup>a</sup> Edição, Coimbra, Almedina, 2012

AURELIANO, Nuno, *O risco nos contratos de alienação*, Coimbra, Almedina, 2009

CALVÃO DA SILVA, João, *Contrato-promessa. Análise para a reformulação do Decreto-Lei n.º 236/80*, Separata do Boletim do Ministério da Justiça, nº 349, 1985

-----, *Sinal e Contrato-Promessa*, 8.<sup>a</sup> Edição Revista e Aumentada, Coimbra, Almedina, 2001

CANOTILHO, J.J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.<sup>a</sup> Edição, Coimbra, Almedina, 2003

CARVALHO FERNANDES, Luís A.; LABAREDA, João; *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, 2.<sup>a</sup> Edição, Lisboa, Quid Juris, 2013

CASTANHEIRA, Sérgio Nuno Coimbra, *Direito de retenção do promitente-adquirente. O beneficiário da promessa de transmissão de um direito real de habitação periódica*, Garantias das Obrigações – Publicação dos Trabalhos de Mestrado, Coord. Sinde Monteiro, Coimbra, Almedina, 2007

COSTA, Salvador, *O concurso de credores: sobre as várias espécies de concurso de credores e de garantias creditícias*, 3.<sup>a</sup> Edição, Coimbra, Almedina, 2001

GALVÃO TELLES, Inocêncio, *Direito das Obrigações*, 4.<sup>a</sup> Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 1982

GOMES, Júlio, *Do direito de retenção (arcaico, mas eficaz...)*, in Cadernos de Direito Privado, n.º 11, Julho/Setembro 2005

GONÇALVES, Gabriel Órfão, *Temas da acção executiva*, in Separata da Themis - Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Ano 5 - n.º 9, 2004

LOBO XAVIER, Vasco, “*Contrato-promessa: algumas notas sobre as alterações do Código Civil constantes do Decreto-Lei n.º 236/80 de 18 de Julho*” in Revista de Direito e Estudos Sociais, ano XXVII, 1980, n.os 1-4, Janeiro-Dezembro

LEBRE DE FREITAS, José, *Sobre a prevalência, no apenso de reclamação de créditos, do direito de retenção reconhecido por sentença*, in Revista da Ordem dos Advogados, Ano 66 – Vol. II – Set. 2006

LOYA E SAPUILE, Belchior, *Prevalência do Direito de Retenção sobre a Hipoteca*, in Garantias das Obrigações – Publicação dos Trabalhos de Mestrado, Coord. Sinde Monteiro, Coimbra, Almedina, 2007

MADALENO, Cláudia, *A vulnerabilidade das garantias reais: a hipoteca voluntária face ao direito de retenção e ao direito de arrendamento*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008

MALDONADO, João Pedro Nunes, *O direito de retenção do beneficiário da promessa de transmissão de coisa imóvel e a hipoteca*, in Julgar n.º 13, Jan.-Abr. 2011

MENÉRES CAMPOS, Isabel, *Duas questões sobre a efectividade prática da hipoteca: a caducidade do arrendamento com a venda judicial e o conflito do direito do credor hipotecário com o direito de retenção*, in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel Henrique Mesquita, Vol. I, Coimbra, 2009

MENEZES CORDEIRO, António, *A posse: perspectivas dogmáticas actuais*, 3ª ed. act., Coimbra, Almedina, 2000

-----, *O Novo Regime do Contrato-Promessa (Comentário às alterações aparentemente introduzidas pelo Decreto-lei n.º236/80, de 18 de Julho, ao Código Civil)*, in Boletim Ministério da Justiça, n.º 306, 1981

-----, *Da retenção do promitente na venda executiva*, in Revista da Ordem dos Advogados, Ano 57, 1997

-----, *O Novíssimo Regime do Contrato-Promessa*, in Colectânea de Jurisprudência, ano XII, Vol. 2, 1987.

MENEZES LEITÃO, Luís Manuel, *Direitos Reais*, 2.ª Edição, Coimbra, Almedina, 2011

-----, *Direito das obrigações*, Volume I e III, 6.<sup>a</sup> Edição, Coimbra, Almedina, 2011

OLIVEIRA ASCENSÃO, José, *O Direito. Introdução e Teoria Geral*, 13.<sup>a</sup> Edição Refundida, Coimbra, Almedina, 2006

PEREIRA, Maria de Lurdes; MÚRIAS, Pedro, *Os direitos de retenção e o sentido da excepção de não cumprimento*, disponível em [www.muriasjuridico.no.sapo.pt](http://www.muriasjuridico.no.sapo.pt)

PESTANA DE VASCONCELOS, Luís Miguel, *Direito das Garantias*, Coimbra, Almedina, 2011

-----, *Direito de Retenção, par conditio creditorum, justiça material*, in *Cadernos de Direito Privado*, n.º 41, Jan-Mar 2013

PINTO DUARTE, Rui, *Curso de Direitos Reais*, 3.<sup>a</sup> Edição, Cascais, Principia, 2013

PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, João de Matos, *Código Civil Anotado*, 4.<sup>a</sup> Edição revista e actualizada, Coimbra, Coimbra Editora, 1997

PRATA, Ana, *O contrato-promessa e o seu regime civil*, Coimbra, Almedina, 2001

ROCHA, Francisco, *Da retenção sobre coisa de terceiro e sobre coisa própria*, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Volume LI, n.ºs 1 e 2, Coimbra Editora, 2010

-----, *Nótulas sobre os direitos reais menores sobre coisa própria*, in *Compilações doutrinárias*, disponível em [www.verbojuridico.com](http://www.verbojuridico.com)

SAMEIRO, Pedro, *O direito de retenção e a situação do credor hipotecário*, in *Revista da Banca*, n.º 26, 1993

SANTOS JUSTO, António, *Direitos Reais*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011

SOARES, J. Lourenço, *O direito de retenção "maxime" no contrato-promessa de compra e venda: aspectos substantivos e processuais*, Tese de mestrado em Ciências Jurídicas, apresentada à Universidade de Lisboa através da Faculdade de Direito, 1987

VAZ SERRA, Adriano Paes da Silva, *Hipoteca*, in *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 62 e 63, 1957

-----, *Direito de Retenção*, em *Boletim do Ministério da Justiça* n.º 65, 1957



-----, *Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 29/4/1981* in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 115